جامعة الجزائر 01
كلية الحقوق

أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة

مذكرة ماجستير في القانون الخاص
فرع قانون الأسرة

من إعـــــداد:
- بن هبري عبد الحكيم

تحت اشـــــراف:
أ. د / لمطاعي نور الدين.

لجنة المناقشة:

أد.عبد الفتاح تقية.. رئيسا

أد.لمطاعي نور الدين............................. مقررا ومشرفا

د.طوالبي عصام.. عضوا

أ.رابح عبد المالك..عضوا

السنة الجامعية: 2015/2014 م

إهـداء:

إلى كل من ساعدني في اعداد هذا العمل نصيحة وفعلا

إلى رمز العطاء و الحنان و الذي دعمني لسنين طويلة ،أبي الحنون حفظه الله و أطال في عمره .

و إلى منبع الحنان و الدفء ،الى من ضحت بكل ما تملك في سبيل أن أمضي في دراستي و مستقبلي ،أمي الحبيبة .

و إلى أحبائي و نبضي في الحياة إخوتي :عائشة ،عبد الحليم ،سليمة ،موسى ،منير.

إلى كل أفراد عائلتي الكبيرة.....

إلى أفضل زملاء في درب دراستي ،أخص بالذكر زملائي في فرع ماجستير قانون الأسرة:مليكة،سعيدة،بن عامر،خالدية ،عبد الحفيظ،محمد الطاهر،الهادي ،توفيق،محمد ملاحي.

إلى كل أصدقائي:عبد المؤمن ،يوسف،فيصل،فوزي، لطفي، مهدي ،وليد.

و إلى كل صديقاتي...

إلى كل الأساتذة ...

كلمة شكر وتقدير:

أتقدم بجزيل الشكر لأستاذي الكريم الدكتور لمطاعي نور الدين ،و أشكره جزيل الشكر على قبوله الإشراف على مذكرتي و دعمه لإخراجها إلى النور،لن تكفي أي كلمة شكر لك لتعبر عن مدى امتناني وعرفاني،حفظك الله و رعاك سيدي.
كما أتقدم بالشكر لزملائي الذين كان لهم دور في تنويري بالمناقشة الهادفة،و أخص بالذكر الأستاذة محمدي سميرة،،سوهيلة.



مقدمــــــة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلاُم على سيدنا محمدٍ أشرفِ المرسلين، خاتم النبيئين محمد صلى الله علية وسلم وعلى صحابته أجمعين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

أمـا بعد: مما لاشك فيه أن الشريعة الإسلامية جاءت وافية بمصالح العباد، وقد عنيت بالأسرة باعتبارها اللبنة الأولى للمجتمع والأمم، فشرعت لهم الزواج وحثت عليه، ولدرجة أن اعتبر الزواج إحدى آياته الإعجازية (عندما قال تعالى: ﴿ ***وَمِنْ آَيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ*** ﴾[1]، والذي يكون من ثمراته الرحمة والمودة والإحصان بين الزوجين و التناسل لبقاء الجنس البشري يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله.

لاتتحقق هذه المقاصد و الأهداف السامية إلا إذا حسنت العشرة بين الزوجين، ولكن إذا ساءت العشرة الزوجية وتنافرت الطباع والأخلاق و استحكم الشقاق، فقد تحدث أمور تعكر صفو العلاقة الزوجية وفي كثير من الأحيان تصل لدرجة وضع حد لها وإنهائها.

وانطلاقاً من حرص الشريعة الإسلامية على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها، فقد شرعت وبيَّنت وسائل ذلك، ومن أهمها باب الصلح، ليحافظ على العلاقة الزوجية وعدم تفككها وانحلالها، فلقد روي عن عمَر بنِ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْه أنه قال: " **رُدُّوا الْخُصُومَ حَتَّى يَصْطَلِحُوا؛ فَإِنَّ فَصْلَ الْقَضَاءِ يُحْدِثُ بَيْنَ الْقَوْمِ الضَّغَائِنَ**[2]. "

إن هذا الأثَر الجليل، ليؤكد لنا مدى المكانة البارزة التي يحتلها الصلح في التراث القضائي الإسلامي، إذ به تزول الخصومة بين المتنازعينَ بالتراضي، وتأتلف القلوب، وتصفو النفوس، وتطيب المشاعر، ولعل هذا ما يفسر الاهتمام الكبير الذي أولته كلُّ الشرائع السماوية وكذا القوانين الوضعية خاصة وأنه يعتبر إحدى الوسائل الفعالة والناجعة التي يتم اللجوءُ إليها قصد إنهاء المنازعاتِ بشكل ودي

---

[1]- سورة الروم ، الآية 21.

[2]- أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، المكة المكرمة، السعودية، 1414 - 1994 ، ص76.

كما أن المنطق السليم يوجب في كثير من الأحيان استعمال نوع من المرونة في حل النزاعات بين طرفي الخصومة، بدل حسمها بحكمٍ قضائيٍّ يصدُر لصالح أحدهما الذي قد يكون ألحن بحجته من خصمه.

من هذا المنطلق، حثت الشريعة الإسلامية على الصلح ودَعت إليه في مختلف مصادرها. والقرآن الكريم حافلٌ بالآيات الكريمة التي تأمر بالصلح وترغب فيه؛ ومنهاعلى سبيل المثال :

قولُه تعالى: ﴿ **لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا** ﴾[1]، *وقولُه تعالى:* ﴿ **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ** ﴾[2]،

وردت كذالك في السنة النبوية أحاديثَ كثيرة تؤكد على الصلح، ومنها"، **فعَنْ عَمْرِو بْنِ عَوْفٍ الْمُزَنِيِّ** رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: « ***الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا. وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حراما*** »[3]، كما أجمع الفقهاء الراشدون وبقية الصحابة والتابعون وجمهور الأئمة على مشروعية الصلح، لِما فيه من جلب لعظيم من المصالح ودفع لكثير من المفاسد، وعلى امتداد التاريخ الإسلامي حافظ الفقهاء والقضاة على الصلح كآلية مثلى لحل المنازعات، لأنه يؤدي إلى قطعِ الخصومةِ ونشرِ المودةِ والوئامِ .وإحلال الوفاق محل الشقاق .

سار القضاءُ الجزائري من جانبه ومنذ القدمِ على اعتمادِ الصلحِ وسيلةً لتسوية المنازعات والخصومات، وهو نفس التوجه الذي كرسه المشرع الجزائري، حيث عَمِل على تقنينه وتنظيمه بمقتضى نصوص قانونية موضوعية وإجرائية، وتزداد أهميةُ اللجوءِ إلى الصلح حينما يتعلق الأمر بالمنازعات الأسرية، لكونها تكتسي طابعا خاصا ، كونها تتعلق بعلاقات ذات حساسية وخصوصية.

ماجعل المشرع الجزائري يؤكد على وجوبية الصلح في القضايا الأسرية، خصوصا المتعلقة بدعاوى انحلال الرابطة الزوجية؛ حيث سنَّ له إجراءات مفصلة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تُمارَس تحت إشراف القضاء.

ومما لا شك فيه، أن تسوية هذه المنازعات عن طريق الصلح سيساهم لا محالة في الحفاظ على تماسك الأُسر واستقرارها، وبالتالي الحد من ظاهرة التفكك الأسري التي يعاني منها المجتمع الجزائري غير أن نجاح الصلح في مجال الأسرة يظل رهينا بالتطبيق السليم للنصوص القانونية من قبل الفاعلين

1- سورة النساء ،الأية 114.

2- سورة الحجرات،الأية10.

3- رواه أهل السنن .

في الحقل القضائي، وأيضا بتوافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية الكفيلة بضمان فعاليته ونجاعته .

ومن أجل الإحاطة أكثر بهذا الموضوع الهام، تأتي هذه الدراسة العلمية والتي جاءت تحت عنوان: " ***أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة*** "، ومن هنا تبرز أهمية هذه الدراسة في كونها تسلط الضوء على إحدى الآليات المهمة في حل الخلافات الأسرية، سواء ما يتعلق منها بالجانب النظري أو العملي كما أنها تطرقت للعديد من القضايا والإشكالات القانونية والواقعية المتعلقة بإجراءات الصلح بالإضافة إلى أنها واكبت أهم المستجدات التشريعية والقضائية المرتبطة بالموضوع .

وفيما يتعلق بمنهج الدراسة، إرتأيت اعتماد المنهج التحليلي بجعلها دراسة تحليلية نقدية، حيث تمس مختلف الجوانب الموضوعية والاجرائية وكذا النظرية والتطبيقية، حيث عَمِلت على استقراء وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالصلح في مادة شؤون الأسرة، والإستعان في بعض الأحيان بالمنهج المقارن كلما إسلزم الموضوع ذالك، وهذا كله قصد الإلمام بموضوع أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مركزا على الجانب القضائي باعتبار ان تفعيل اجراءات الصلح يعتمد عل الدور الكبير الذي يلعبه القضاء، ما يضفي على البحث الطابع التطبيقي كونه يبرز دور القضاء من خلال قرارات المحكمة العليا المنشورة منها وغير المنشورة لإثراء الموضوع .

فيما يخص دواعي الإقدام على خوض غمار هذا البحث وجدت كحافز قوي ومبرر ضرورة تبيان أحكام وضوابط الصلح من خلال نصوص قانون الاسرة وكذا قانون الاجراءات المدنية والإدارية، و ما دأب عليه القضاء الجزائري والمساهمة ولو بقليل في إثراء المكتبة الجامعية و العلمية ،إضافة إلى الأسباب التي يمكن إجمالها في النقاط التالية:

أولاً: حداثة موضوع البحث، لكونه يتناول بالدراسة والتحليل إحدى أهم المستجدات التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري وفصلها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ألا وهي محاولات الصلح وإجراءاته في قضايا شؤون الاسرة.

ثانيًا: عدم وجود دراسة جامعة مانعة في موضوع الصلح الأسري تجمع بين النظري والعملي في ظل الممارسات القضائية.

ثالثًا: الرغبة في إبراز فلسفة التصالح التي تبناها المشرع الجزائري في مجال تسوية المنازعات الأسرية في قضايا فك الرابطة الزوجية .

رابعاً: الحاجة الملحة لرصد واقع اجراءات الصلح في التطبيق القضائي الأسري الجزائري، وابراز أهم الصعوبات التي تعترض اجراء الصلح في الواقع العملي بمقاربة موضوع الصلح الأسري من الناحية النظرية مع الناحية العملية في التطبيق القضائي الأسري.

خامساً: المساهمة في تطوير اجراءات الصلح الحالية من خلال اقتراح بعض الحلول القانونية والواقعية الكفيلة بتفعيل هذه النصوص الاجرائية .

سادساً: تبيان شساعة الفرق بين التنظير القانوني والواقع العملي.

سابعاً : تجاوز التعامل السلبي للقضاء مع مقتضيات الصلح.

تتمثل أهم الصعوبات التي إعترضتني أثناء إنجاز هذا البحث فيما يلي:

أولاً : قلة الدراسات والأبحاث التي تعنى بالصلح في قضايا الأسرة مقارنة مع الصلح المدني، والذي تطرق له رجال الفقه والقانون بشكل مستفيض .

ثانيًا :استحداث نصوص قانونية مهمة تعرضت للصلح الأسري بموجب قانون الاجراءات المدنية الادارية فإقتصرت بذالك دراستنا على الصلح الذي يكون أمام قاضي شؤون الأسرة (الصلح القضائي) دون التطرق إلى أحكام الصلح بواسطة الحكمين لوجود دراسة سابقة في هذا المجال للطالب **زيدان عبد النور** تحت إشراف الاستاذة الدكتورة **فركوس دليلة** أين تناول الباحث في مذكرته موضوع"***الصلح في الطلاق" سنة 2007-2008***. رسالة ما جيستير كلية الحقوق بن عكنون، وكذا دراسة الطالبة **بوزيد وردة**،أين تناولت الباحثة في مذكرتها موضوع "***الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والممارسة القضائي"***، رسالة ما جيستير كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي- سنة 2010-2011 .

ثالثًا: صعوبة اجراءات الحصول على القرارات القضائية وكذا الاحصائيات، التي تمكننا من رصد واقع اجراءات الصلح في التطبيق القضائي .

رابعاً : تعدد المقاربات الموظفة في تناول الموضوع، لكونه يجمع بين ما هو فقهي وقانوني وقضائي ونفسي – اجتماعي.

هذا ما يجعل من مسألة الصلح في قضاء شؤون الأسرة مسألة شائكة، حيث يثار التسائل عن **واقع إجراءات ومحاولات الصلح في التطبيق القضائي الأسري؟، و كيف يمكن تفعيل محاولات الصلح من أجل الحد من ظاهرة التفكك الأسري ؟، وإلى أي مدى استطاع قضاء شؤون الأسرة تفعيل هذه الإجراءات بالشكل السليم الذي أراده المشرع من سنها ؟.**

وللإجابة على هذه الإشكالية و قصد مقاربة ودراسة موضوع البحث إرتأيت تقسيم هذا البحث الى **مقدمة** ومهدت للبحث من خلال فصل تمهيدي في البداية ثم فصلين رئيسيين، كل فصل يحتوي مبحثين وكل مبحث ينقسم إلى مطلبين، وكل مطلب يتفرع إلى فروع، ثم اعقبته بخاتمة، وملحق يتضمن بعض الوثائق الرسمية ذات الصلة بالموضوع.

حيث تم التعرض في **الفصل التمهيدي** إلى ماهية الصلح في شؤون الأسرة.ولتبيان ذلك بدقة قسمت الفصل إلى مبحثين، إذ خصصت **المبحث الأول** منه إلى تحديد مفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية وللوصول إلى ذلك، كان لا بد من تقسم المبحث إلى مطلبين، حيث تعرضت في المطلب الأول إلى تعريف الصلح لغة وإصطلاحا وقانونا. كما تعرضة أيضا لمشروعيته، أما المطلب الثاني، حاولت تميز الصلح في قانون الأسرة عن الصور المشابهة له في القوانين الأخرى. كالصلح المدني، والصلح في المادة الاجتماعية، و الصلح كطريق بديل لحل النزعات.

أما **المبحث الثاني** من هذا الفصل فيعنى بدراسة مسألة وجوبية الصلح في شؤون الأسرة، وللوصول إلى ذلك، قسمت المبحث إلى مطلبين ، ففي المطلب الأول تعرضت إلى علاقة الصلح بالنظام العام . أما المطلب الثاني فقد خصصته لتبيان الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح.

أما **الفصل الأول** فقد خصصته لدراسة دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية و قسمته إلى مبحثين، اذ خصصت **المبحث الأول** إلى تحديد دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة الزوجين وللوصول الى ذلك، كان لا بد من تقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

تعرضت في المطلب الأول، إلى دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أما المطلب الثاني، تناولت بالدراسة دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين.

خصصت **المبحث الثاني** من الفصل الأول، لمعالجة دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة. و للوصول إلى ذلك قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، حيث تعرضت في المطلب الأول إلى دور القاضي في الصلح في حالة طلب التطليق من الزوجة، أما المطلب الثاني خصصته لتبيان دور القاضي في الصلح في حالة رفع طلب الخلع.

ثم يأتي **الفصل الثاني** لدراسة إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية والآثار المترتبة عليه حيث قسمته الى مبحثين، خصصت **المبحث الأول** منه الى تحديد إجراءات محاولات الصلح في ظل الممارسة القضائية، وللوصول إلى ذلك، كان لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تعرضت في المطلب الأول إلى دور القاضي في مباشرة إجراءات الصلح، في حين المطلب الثاني، خصصته لدور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية والمؤقتة أثناء محاولات الصلح، و من خلال **المبحث الثاني** تناولت بالدراسة الأثار المترتبة على الصلح و أثر الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية، و للوصول غلى ذلك قسمته إلى مطلبين، حيث تعرضت في المطلب الأول إلى أثار نجاح أو فشل محاولات الصلح.

أما المطلب الثاني، فقد خصصته لتبيان الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح والأثر المترتب عليه.

تضمنت **الخاتمة** خلاصة الأفكار الأساسية و النتائج التي توصلت إليها، وكذا بعض الاقتراحات والحلول الكفيلة قصد تفعيل آلية الصلح في نظامنا القضائي الجزائري، التي من شأنها أن تثري قانون وقضاء شؤون الأسرة ، وتساعد على التطبيق السليم للقانون.

إعتمدت في هذا البحث على عدة مصادر و مراجع ، سواء ما تعلق منها بأحكام الشريعة الاسلامية، بداء بكتاب الله عزو جل وكذا ماورد في السنة و الاجماع، إضافة إلى بعض كتب الفقه الاسلامي وكذا شتى أنواع الكتب و المؤلفات القانونية، و بعض التشريعات المقارنة التي لها صلة بالموضوع، وبعض الرسائل و الأطروحات و المجلات والدوريات، كما تضمن هذا البحث القرارات القضائية المنشورة منها و غير المنشورة والتي لها صلة مباشرة بالموضوع، ويحتوي هذا البحث على ملاحق حيث تضمنت بعض أهم الوثائق الرائجة في قسم قضاء الأسرة .

أرجوا من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في عملي المتواضع، وكلي أمل أن تساهم هذه المذكرة المتواضعة في إثراء قانون الأسرة، وابراز أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة .

وفي الختام، فإني لا أدعي استيفاء الموضوع حقه بالشكل المطلوب بل إنني أقّر و أعترف بالعجز والقصور في مقاربته من مختلف جوانبه. وإن كان لايفي بالمراد فلعله يكفي من القلادة ما أحاط بالعنق وسبحان من اتصف بالكمال.

الفصل التمهيدي

ماهية الصلح في شؤون الأسرة

الفصل التمهيدي

ماهية الصلح في شؤون الأسرة

إن دراسة ماهية الصلح في شؤون الأسرة يستوجب التطرق إلى مفهومه من حيث اللغة والاصطلاح، وكذا التطرق إلى مشروعيته ثم تمييزه عن بعض صور الصلح المشابهة له والمنصوص عليها في القوانين الأخرى، يقتضي الأمر أيضا الفصل في مدى اعتبار محاولات الصلح إجراء جوهري أو غير جوهري وتحديد إن كانت محاولات الصلح لها علاقة بالنظام العام أم لا، ومدى تأثيرها على الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية.

ومن هذا المنطلق يقتضي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، قصد تبيان مفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية (***المبحث الأول***) ؛ وكذا وجوبيه الصلح في شؤون الأسرة (***المبحث الثاني***).

المبحث الأول

مفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية

للإحاطة جيدا بمفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، لا بد من التعرض إلى تعريف الصلح ومشروعيته (***المطلب الأول***)، ثم تمييز الصلح في قانون الأسرة عن المصطلحات المشابهة له في القوانين الأخرى في (***المطلب الثاني***).

المطلب الأول

تعريف الصلح ومشروعيته

نتعرض بالدراسة إلى تعريف الصلح (***الفرع الأول***)، ثم إلى مشروعيته (***الفرع الثاني***).

الفرع الأول

تعريف الصلح

يقتضي منا تعريف الصلح ضرورة التعرض له من الناحية اللغوية، والاصطلاحية (***أولًا***)، ثم محاولة تسليط الضوء عليه من الناحية القانونية وبصفة خاصة في شؤون الأسرة (***ثانًيا***).

أولاً - تعريف الصلح بصفة عامة:

لكي نتمكن من الوصول إلى تعريف جامع للصلح، لا بد من التعرض إلى تعريفه لغة(أ)، ثم تعريفه اصطلاحاً (**ب**).

أ- تعريف الصلح لغةً :

يقصد بالصلح في لغة العرب قطع المنازعة، و في كلام العرب أيضًا بمعنى السلم، سواء بكسر السين أو فتحها، حيث يقال ***السَلم*** بالفتح، ***والسلم*** بالكسر حيث يفيد كلا المصطلحين الصلح، كما يوصف حسب أهل اللغة بالمصدر فيقال : هو صلح لي، و هم لنا صلح: أي مصالحون، ويقال أصلح في عمله أو في أمره، بمعنى أتى بما هو صالح ونافع، و أصلح بينهما أو ذات بينهما أو ما بينهما: أي أزال ما بينهما من عداوة و شقاق. [1]

والصلح في اللغة أيضا: من تصالح القوم بينهم؛ يقال: قد أصلحوا وصالحوا وتصالحوا واصّالحوا بتشديد الصاد، ويقال قوم صلوح أي متصالحون، كأنهم وصفوا بالمصدر. [2]

وكلمة صلح (***الصاد – واللام - و الحاء***)؛ أصل يدل على خلاف الفساد يقال صلح الشيء يصلح صلاحا، و يقال صلح بفتح اللام[3]، أما بكسرها: مصدر المصالحة، والعرب تؤنثها و اسم (***الصلح***) يذكر و يؤنث. قال بن بري : صلاح إسم علم لمكة، وسمت العرب صالحا، ومصلحا وصليحا، وجاء في مختار الصحاح : الصلاح ضد الفساد.[4]

الصُلْح (بالضم وسكون اللام): إسم من المصالحة خلاف المخاصمة، والصلاح الذي هو خلاف الفساد[5]، والصلح يختص بإزالة النفار بين الناس[6]، والصلح بالضم أيضا من تصالح القوم بينهم وهو السلم بكسر السين. والصلح اسم جماعة متصالحين يقال :هم لنا مصالحون.[7] و أصلح أتى بالصلاح وهو

---

[1]- شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة و القانون(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الشريعة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، السنة الجامعية 2000 -2001، ص 19.

[2] - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث، دار الجيل، بيروت ،426 .

[3] - ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، شركة ومطبعة البابي الحلبي و أولاده، مصر -1956م ص 303 .

[4]- ابن منظور، لسان العرب، المرجع نفسه،426 .

[5] - المرجع نفسه، ص427.

[6]- محمد سعيد خضر البدراني شيماء، أحكام عقد الصلح، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ودار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2003، ص 12.

[7]- مرتضى الحسيني الزبيدي محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء السادس، دار التراث العربي ودار الجيل العراق، دون سنة نشر، ص 546.

الخير والصواب. و يقال في الأمر مصلحة أي خير، ويقال أيضاً صلح المريض: إذا زال عنه المرض وصلح فلان في سيرته إذ أقلع عن الفساد[1].

فلصلح إذن معانٍ عدة قد يأتي بمعنى الإصلاح: فهو اسم مصدر أصلح هو الإصلاح، و قد يكون بمعنى المصالحة فهو اسم مصدر صالَحَ بفتح اللام والحاء الذي هو المصالحة أو الصلاح ،أو هو اسم مصدر اصطلح، وهو الاصطلاح فصالحه مصالحة و اصطلاحا .والمصالحة عند العامة التوفيق بين الغرماء بأن يترك هذا شيئا مما له ويزيد هذا شيئا في ما عليه فيقع الرضى فيما بينهما[2]، أوقد يرد بمعنى المجاز :أصلح إليه :أي أحسن، يقال :أصلح إلى دابته ، إذا أحسن إليها فصلحت، وأصلح لفلان ذريته أو ماله : جعلها صالحة[3]، قد يرد أيضا بمعنى الاستقامة، وقيل : "هو استقامة الحال إلى ما يدعو إليه العقل و الشرع"[4]، أو يرد بمعنى قطع المنازعة ما بين شخصين، من أجل أن يحل الوفاق محل الشقاق، و يقضي على البغضاء بين المتنازعين[5].

وعليه يمكن من خلال استعراض مختلف التعاريف الواردة في باب الصلح لغة، الوصول الى نتيجة مفادها: أن لفظ أو كلمة الصلح في اللّغة العربية يقصد به عدة معاني فهو إذا كلمة مشتركة بين هاته المعاني السابق ذكرها .

وفي الأخير و بعد ما تمكنا من الإحاطة و التعرف على كلمة و لفظ الصلح من حيث اللّغة ننتقل إلى تعريفه من حيث الاصطلاح.

ب -تعريف الصلح اصطلاحاً :

تناول الفقهاء مصطلح الصلح في كتبهم بمعنى العقد الذي ينهي الخلافات و الخصومات الواقعة بين أطراف النزاعات المختلفة، بغض النظر عن نوعية تلك الخلافات و أسبابها، وبصفة عامة و بالرجوع إلى مختلف كتب الفقه خاصة كتب المذاهب الأربعة، نجد الحنفية اعتبروا الصلح عقد يرفع به النزاع بحيث جاء في كتاب الاختيار لتعليل المختار:"هو عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ

---

[1]- محجوب عبد النور محمد، الصلح و أثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، مجموعة رسائل الدكتوراه، 1987ص26

[2]- البستاني بطرس، محيط المحيط ، قاموس مطول اللّغة العربية، لبنان، 1983، ص 515 .

[3]- محجوب عبد النور محمد، المرجع السابق، ص 26 .

[4]- البستاني بطرس، المرجع السابق، ص 515.

[5]- السيد سابق، فقه السنة، المعاملات، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، لبنان،1977، ص375.

الفساد ومثار الفتن[1]، وفي بديع الصنائع :"هو عقد يرفع النزاع و يقطع الخصومة، ورُكنه الإيجاب مطلقا و القبول فيما يتعين، أما فيما لا يتعين كالدرهم فيتم بلا قبول "[2] ،وعرفه ابن عابدين بقوله:" الصلح شرعًا عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة "[3]، وأما الشافعية؛ فقد جاء في كتاب مغني المحتاج:" الصلح لغة قطع النزاع، وشرعا عقد يحصل به ذلك"[4]، وفي شرح المذهب الشيرازي "الصلح هو الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين" و يعتبرون الصلح سيد الأحكام، لأنه يجرى في سائر العقود[5]. وأما الحنابلة؛ جاء في المغني و الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي" الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين"[6].

عند المالكية؛ جاء تعريف ابن عرفة : "هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه" [7]، هذا التعريف فيه إشارة إلى جواز الصلح لتوقي منازعة غير قائمة و لكنها محتملة الوقوع في المستقبل، أي أعطى للصلح دورًا جديًا لم يكن له وجود في التعريفات السابقة و ذلك بتبيان الدور الوقائي للصلح، و يعد هذا التعريف أحسن التعاريف مقارنة بالتعريفات الأخرى[8]، و الأقرب لفهم قوله تعالى :{ ***وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا***}[9].

---

[1]- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثالث، دار المعرفة، لبنان،1975، ص5.

[2]- الإمام الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، لبنان، دون سنة نشر، ص 39 .

[3]- ابن عابدين حاشية، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء الخامس، دار الفكر، دون بلد النشر 1979، ص 628 .

[4]- الخطيب الشربيني محمد، مغني المحتاج، ، دار الفكر، 1996، دون بلد النشر، الجزء 02، ص 177.

[5]- شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 28.

[6]- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن محمد، المغني والشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، دون بلد النشر،1983، ص 419.

[7]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث مؤسسة الريان ،لبنان، 2002 ص 704.

[8]- تعريف ابن رشد:" هو قبض شيء عن عوض "، وهذا التعريف يشمل الصلح في البيع و لكن يخرج عن معناه صلح الإنكار، ولهذا يعاب عليه انه غير جامع، أما تعريف القاضي عياض:"هو معاوضة عن دعوى" ، ويعاب على هذا التعريف أيضاً انه غير جامع لأنه يخرج عن معناه صلح الإقرار، إن.فقهاء المالكية لم يتفقوا على وضع تعريف موحد للصلح حيث جاءت تعريفاتهم معيبة، باستثناء تعريف العلامة ابن عرفة الذي جاء كاملاً وشاملاً لكل صور الصلح.

[9]- سورة النساء، الآية 128 .

هذه هي التعاريف التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية للصلح والتي نجدها تختلف عن مفاهيم الفقهاء الغربيين [1].

وعن تعريف الصلح من طرف الفقهاء ورجال القانون، نذكر من بينهم الأستاذ **إبراهيم نجار** الذي عرفه كمصطلح قانوني بأنه:" اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشبة بينهم وديا " [2].

أما الأستاذة **ابتسام القرام** فرأت أنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل لكلا الطرفين عن إدعاءاته "[3].

نستنتج من خلال كل التعريفات السالف ذكرها وإن كانت تختلف عن بعضها البعض سواء من حيث اللفظ أو الصياغة، أنها تتفق تقريبا في اعتبار الصلح عقد كسائر العقود[4]، وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع من خلال أحكام المادة (**459**) من القانون المدني والتي عرفته كما يلي:

" ***عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه*** "[5]، الأمر الذي يختلف اختلافاً جوهريا بين موقف المشرع في القانون المدني في اعتبار الصلح عقدا، و بين موقفه في قانون الأسرة الذي يعتبره كإجراء قضائي لا كعقد، و في الأخير

---

[1] - يعتبر الصلح طريق شبه قضائي اذ يسميه "***باوند***" بالعدالة الاجتماعية ،و يذكره " ***آبيل*** " بالعدالة اللاشكلية، وينعته " ***سليزنيك*** " بالعدالة التفاوضية ، ويعرفه "***اوواريش***" بانه عدالة من دون قانون".

[2] - قوادري الأخضر، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة، في حل النزاعات الصلح القضائي –و الوساطة القضائية - دار هومه، الجزائر، 2013، ص18.

[3] - القرام ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية و الفرنسية ، قصر الكتاب، الجزائر دون سنة النشر، ص 140.

[4] - عقد الصلح من عقود التراضي، فلا يشترط فيه شكل خاص، بل يكفي فيه توافق إرادتي المتصالحين لانعقاده، وانه عقد ملزم لجانبين فتنازل احد الطرفين عن جزء من ادعائه يقابله تنازل الطرف الأخر عن جزء ما يدعيه، أو بمقابل آخر يسمى" ***بدل الصلح***" وعليه فالنزاع يحسم بالتنازل المتبادل لكلا الطرفين عن إدعائاتهم[4]، فحين يبقى الجزء غير المتنازل عنه محل نزاع قائم بين الطرفين،أما في عقود المعاوضة لا احد من المتصالحين يتبرع للأخر. فهو عقد محدد في غالب الأحيان حيث يعرف كل من المتصالحين مقدار مايتنازل عنه و مقدار ما يكسب في المقابل .ويدخل عقد الصلح ضمن العقود الواردة على الملكية لا كونه ناقل للملكية، وانما كونه يتضمن تنازلات من الطرفين عن حقيهما، إلا أن المشرع الجزائري لا يتصور الصلح عن جزء من الحق فقط،و كأن الصلح لا يتم إلا إذا كان محل التنازل الحق المتنازع عليه كله.مما يجعله تعريفا ناقصا.

[5] - إنّ النص الفرنسي أدق من النص العربي على أساس أن الصلح ينعقد بتنازل كل طرف عن جزء من حقه أو مما يدعيه وليس عن الحق كله كما جاء في النص.

وبعد ما تمكنا من الإحاطة و التعرف على المفهوم العام للصلح، فلا مناص لنا الآن، من التطرق الى تعريف الصلح في شؤون الأسرة من خلال النقطة الموالية.

ثانياً - تعريف الصلح في شؤون الأسرة :

لم يعرف المشرع الجزائري الصلح لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. فبالرجوع إلى نص المادة **(49)** من قانون الأسرة[1] ،والتي جاء فيها مايلي :

"***لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3)أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.***"، وكذا المادة **(431)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان الطلاق بالتراضي وكذا إجراءات الصلح المنصوص عليها في نفس القانون و المتعلقة بقسم شؤون الأسرة ابتداء من المادة **(439)** وما يليها، على اعتبار أن المشرع الجزائري عند نصه على الصلح فإنه في حقيقة الأمر لم يعط تعريفا صريحًا وضمنياً للصلح و إنما اعتبره إجراء قضائي تاركاً في ذلك المجال مفتوح للفقه.

خلص جانب من الفقهاء إلى أن الصلح في شؤون الأسرة هو إجراء قضائي و أطلقوا عليه أيضًا الصلح القضائي؛ حيث عرفوه على أنه :" الإجراءات التى تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم للحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسائل الطلاق "[2].

جاء في تعريف آخر أنه :" إجراء تفرضه بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم بالحضور أمام هيئة مختصة كمكتب المصالحة في قضايا العمل، أو أمام قاضي شؤون الأسرة حتى يحاولوا أن

---

[1] - قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بقانون رقم 05-09، المؤرخ في 25 ربيع الاول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1924 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005.

[2]- أحمد زكي بدوي إبراهيم، القاموس القانوني فرنسي- عربي، مكتبة لبنان، بدون سنة، ص:67-69 .

يصطلحوا قبل مواصلة إجراءات الخصومة "[1]، كما جاء أيضا أنه : "السعي و التوسط بين المتخاصمين لأجل رفع الخصومة والاختلافات، عن طريق التراضي و المسالمة" [2].

عرف القضاء بمحكمة التعقيب التونسية الصلح في مادة شؤون الأسرة في قرارها التعقيبي عدد **17646** المؤرخ في **1988/2/12**، بأنه" **وليد رغبة الطرفين المشتركة في وضع حد نهائي للنزاع واستئناف المعاشرة على الأسس التي ضبطها الصلح الذي يعتبر ماضيًا في حقها.** "[3]، يتضح من خلال هذا التعريف أن الصلح في النزاعات الأسرية وخاصة الطلاق و إن كان ينبع من إرادة الطرفين ورغبتهما الحقيقة في الرجوع من جديد إلى الحياة الزوجية إلا أنه من خلال التعريف يبقى الدور الإجرائي للقاضي في إيقاع الصلح بينهما هاماً و رئيسياً وذلك لما له من تأثير معنوي على نفسية الطرفين [4].

أما عن محاولات الصلح من جانب الفقه يرى الأستاذ ***عمر زودة*** أن:" محاولة الصلح بين الزوجين هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلب الطلاق..." [5]وعرفها الأستاذ ***لحسين بن الشيخ آث ملويا***:"هي تلك المحادثة التي يقوم بها قاضي الأحوال الشخصية مع الزوجين بهدف تفادي الطلاق، وإرجاع الزوجين إلى بعضهما هو السبيل المنشود ويكون للزوج حق مراجعة زوجته "[6]، في حين عرفت الأستاذة ***ابتسام القرام*** بأنه:" محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع، سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة أو تحقيق التسوية بالتراضي "[7].

ذهب الأستاذ ***لمطاعي نور الدين*** إلى القول بأن:" محاولة الصلح في قانون الأسرة هي عبارة عن إجراء يهدف إلى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج، حتى يتمكن القاضي من الوصول إلى المبتغى و الهدف المنشود ألا و هو إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق، بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية، واستعمال حق الرجعة لا غير، وذلك لا يتأتى إلا إذا تم استعمال هذا الحق خلال مدة عدة

---

[1]- الأخضر قوادري، مرجع سابق، ص18 .

[2]- دهيم رابح، أحكام الصلح بين المبايعين في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة والقانون، الجزائر، 2010-2011، ص 13.

[3] - دياب عز الدين حسن، الصلح وسيلة لفض النزاعات، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات يومي 6 و7 ماي 2014، الجزائر، منشور في حوليات جامعة الجزائر،عدد 03، 2014، ص 211.

[4] - المرجع نفسه، ص211.

[5] - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها،الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003، ص108.

[6]- بن الشيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار دهومه، الجزائر،2005، ص 254

[7]- القرام ابتسام، مرجع سابق، ص 58.

الطلاق الرجعي دون حاجة إلى إبرام عقد جديد و دفع مهر جديد، بحيث لا يكون الهدف من الصلح إقناع الزوج عن العدول عن الطلاق، وإنما من أجل مواصلة واستمرار الحياة الزوجية، طالما أن مدة عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد، وعلى القاضي اغتنام الفرصة السانحة و عدم تفويتها.[1]

نجد المشرع الجزائري عندما نص بضرورة إجراء عدة محاولات صلح قيدها بفترة زمنية مدتها ثلاثة أشهر تسري من تاريخ رفع الدعوى والتي لا يمكن للقاضي أن يتجاوزها، كما لا يمكنه أن يقوم بإجراء محاولات الصلح بعد انقضائها.

يعد إجراء الصلح جزء من إجراءات الخصومة و لا يدخل ضمن إجراءات الطلاق، لأن المشرع لم يعلق الطلاق على إجراء معين، عكس دعوى الخلع أو التطليق أو الطلاق بالتراضي، التي قيدها المشرع بتقديم طلب للقاضي و الذي يعتبر فيها الحكم منشئا لفك الرابطة الزوجية، فقد يستعمل الزوج حقه في إرجاع زوجته أثناء فترة العدة في حالة الطلاق الرجعي و التي من المفروض أن تتطابق مع الفترة التي خصصها المشرع لمحاولة الصلح المذكورة في المادة **(49)**، فإن حصل الرجوع ولو دون رضا الزوجة يكون الزوج قد مارس حق الرجعة.

لذلك يجب على المشرع أن يتدخل ويغير مصطلح الصلح الوارد في قانون الأسرة و استبداله بمصطلح العدة طالما العلاقة الزوجية لا تزال قائمة، فلا يعتبر صلحاً عندما يرجع الزوج زوجته بموجب حكم القاضي، و إنما يكون الزوج في هذه الحالة قد استعمل حقه المتمثل في الرجعة و لا مكان للصلح في هاته الحالة. فكيف لنا أن نعتبر إرجاع الزوج لزوجته أثناء العدة صلحاً، طالما رضى الزوجة لا يغير من الأمر شيئا، فيجب التمييز بين أحكام الرجعة و أحكام الصلح.

و بالتالي لا يصح قول المشرع:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد" وإنما الأصح:" من راجع زوجته أثناء العدة لا يحتاج الى عقد جديد، ومن راجعها بعد فوات العدة يحتاج إلى عقد جديد".

يقترن حق الزوج في الرجعة بمدة زمنية، والتي سماها المشرع "***صلح***" حيث يقول من(راجع زوجته أثناء محاولة الصلح) والتي حددتها المادة**(49)** بثلاثة**(03)** أشهر تسري من تاريخ رفع الدعوى، و هنا يكمن الخطأ حيث نجد أنه لم يتم الأخذ بعين الاعتبار تاريخ وقوع الطلاق و بدأ سريان مدة العدة فالمشرع هنا لم يقصد التصالح أو الصلح وإنما خص بالذكر المدة الزمنية، و نجد أيضا في المادة **(50)** من

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2006،ص 141و 14 .

قانون الأسرة التي استعملت عبارة (من راجع زوجته) مخاطًبا بذلك الزوج صاحب الحق، في حين أن حق الزوج في الرجعة مقترن بمدة زمنية محددة سلفا يسقط بتجاوزها، ولم يقل إذا تراجعا فهو يتكلم مع الزوج بصفته له الحق بينما الزوجة ليس لها حق وإنما لها فقط الاعتراض.

و إن حصل اتفاق بين الزوجين و تم تحرير محضرا بذلك، يجب أن يتم هذا الاتفاق أثناء فترة العدة التي سماها المشرع فترة الصلح، أما إذا تم خارج فترة العدة اعتبرناه اتفاقا أي توافق إرادة الزوجة والزوج فالمشرع لم نميز بين الرجوع الواقع داخل فترة العدة و الرجوع الواقع خارجها ويكون بذلك قد أهمل فترة العدة .

في الحقيقة هناك حالات تكون بداية العدة سابقة على تاريخ رفع الدعوى الذي يطابق بداية سريان المدة التي يبدأ فيها القاضي إجراء محاولات الصلح، و هنا عند الربط بين تاريخ رفع الدعوى و تاريخ نطق الزوج بالطلاق و تاريخ إجراء الصلح من طرف القاضي، نجد هذه التواريخ لا تتطابق مع بعضها البعض، فقد تنقضي فترة العدة و لا يصبح للزوج حق الرجعة و يستوجب في هذه الحالة عقد جديد ومهر جديد و رضا الزوجة، و بذلك المشرع يؤكد انه:" **من راجع بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد**" و الأصح أن نقول:" **من راجعها بعد فوات العدة وقبل صدور الحكم أو حتى بعده، يحتاج إلى عقد جديد**"، والذي يستوجب الركن الأساسي هو الرضا، وإذا وافقت على الرجوع فهذا هو الصلح الحقيقي بمعنى توافق إرادتين و ليس الرجعة أثناء عدة الطلاق الرجعي .

فتفسير البعض للمادة (**50**) من قانون الأسرة على أساس من راجع زوجته أثناء محاولة صلح لا يحتاج إلى عقد جديد؛ أنهم يرون أن العبرة بفترة الصلح، والتي مدتها ثلاثة(**03**) أشهر، مهما طلق الزوج من مرة ومهما كان الزمن الذي مضى على طلاقه، تبدأ متى رفع دعواه أمام القاضي وإن راجع زوجته أثناء فترة الصلح فإنه لا يحتاج إلى عقد جديد وبتفسيرهم هذا يكونون قد أغفلوا العدة، وهذا هو الخطأ بعينه لأن المشرع قصد بهذه الفترة الزمنية والمقدرة بثلاثة(**03**) أشهر العدة و لذلك يجب مراعاتها باعتبار أن العدة لم تنقض، وكل ما في الأمر أن المشرع أخطأ لما استعمل عبارة أثناء محاولة الصلح قاصدًا منه أثناء فترة العدة.

فالأحسن أن تتغير صياغة النص القانوني وذالك بحذف مصطلح "***الصلح***" و استبداله بمصطلح "***العدة***"، وذالك بإدراج مادة جديدة تنص على الصلح مع مراعاة العدة، فتكون الصياغة الجديدة كما يلي:
" يجوز للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة بدون عقد جديد مع مراعاة أحكام المادة (**58**) من قانون الأسرة ".

أما فيما يخص الصلح في الدعاوى الأخرى غير دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فالصلح الوارد في المادة **(49)** من قانون الأسرة يخص طلاق الزوج فقط، و لا سيما و أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام إجرائية تضبط الصلح في جميع الدعاوى، و بذلك أصبح لازما أن يتدخل المشرع ويعدل نص المادة **(49)** و **(50)** أو يضيف مواد تخص الصلح في التطليق و الخلع، أو على الأقل يعتمد نظام الإحالة إلى تطبيق إجراءات الصلح مع مراعاة الخصوصيات في فك الرابطة الزوجية، حتى يكون القانون الموضوعي منسجم مع القانون الشكلي الإجرائي. وبذلك فمفهوم الصلح الوارد في المادة **(49)** و **(50)** من قانون الأسرة لا ينطبق على الصلح الذي يطبق بمناسبة نظر دعوى أساسها المواد **(53)** **(54)** من قانون الأسرة.

دائماً في إطار تعريف مفهوم الصلح في شؤون الأسرة تجدر الإشارة إلى أن المشرع خص الصلح في قانون الأسرة بطريقين: صلح يتم عن طريق القاضي مباشرة، وصلح عن طريق الحكمين تحت إشراف القاضي وذالك في حالة عدم ثبوت الضرر وفقا لنص المادة **(56)** من قانون الأسرة التي نصت على الصلح عن طريق بعث الحكمين[1]، وهذا النوع من الصلح يخرج من مجال دراستنا، كونها تقتصر على الصلح القضائي في مادة شؤون الأسرة فيما يخص دعاوى فك الرابطة الزوجية.

---

[1]- تنص المادة **(56)** من قانون الأسرة على ما يلي :" ***اذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما***"، جاءت هذه المادة نتيجة السياسة التي تبناها المشرع بوضع جملة من الإجراءات والمراحل التي ينبغي مراعاتها قبل إيقاع الطلاق ، وهي في الحقيقة خطوات وضعت حتى يتروى الإنسان وتهدأ نفسه لعله يغير فيها رأيه ويكبح جماحه مراعيا مصلحة الأسرة كلها خوفا من انحلال الرابطة الزوجية وبالتالي تفكك الأسرة، وما له من آثار وخيمة على الأفراد و المجتمع، فهي وقاية قبل و قوع الطلاق أي قبل فك الرابطة الزوجية بينما في المادة **(49)** من القانون نفسه نجد المشرع يتكلم عن قضية إثبات الطلاق أي نكون قد تجاوزنا مرحلة بعث الحكمين، ونجد أن القرآن الكريم قد نص على التحكيم في الآية **35** من سورة النساء بقوله تعالى : {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا} ، فهذه الآية رسمت طريق الصلح بين الزوجين عند الخوف من الشقاق والفرقة بينهما عن طريق تحكيم الحكمين ، وهو ما يعرف في فقه الشريعة التحكيم في الشقاق بين الزوجين، فهذا النوع من التحكيم مفاده بعث حكمين اثنين عند الخصام بين الزوجين درءا للشقاق الذي قد يقع بينهما لغرض الإصلاح بينهما بأمر من جهة مخصوصة بعد رفع الأمر لها من صاحب الصفة الذي هو أحد الزوجين . فمحله الخلاف والخصام بين الزوجين ومناطه إزالته بطريق الصلح بينهما بأي وجه أمكن ، والأمر ببعثهم يرجع للقاضي وليس إلى الزوجين ، فهذا إن دل على شيء إنما يدل فعلا على كون التحكيم في الشقاق بين الزوجين هو محاولة صلح خارجي.وقد قيل أيضا بأن التحكيم إذا كان من الخصوم كان صلحًا، وإذا كان من قبل القاضي فهو وسيلة من وسائل الصلح، لعل من أبرز خصائص التحكيم ومزاياه السرعة في فض النزاع و التفرغ له من قبل الحكمين بدون قيود إجرائية أو شكليات فيكون في شكل جلسة عائلية الهدف منها التوفيق بين الزوجين والمحافظة على الميثاق الغليظ الذي يجمعهما مما يخلق الطمأنينة في نفسيهما، و هو ما قد يسهل مهمة الحكمين في التوفيق بينهما بالإضافة إلى قلة تكاليفه، إذ لا يتطلب رسومًا ولا أتعابًا كما أنه يكفل عدم

نخلص إلى القول أن الصلح في مادة شؤون الأسرة يعد إجراء و ليس عقدًا، يسعى قاضي شؤون الأسرة من خلاله إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين ووضع حد للنزاع القائم بينهما من أجل إستمرار الحياة الزوجية فهو إذن إجراء وقائي[1]، يقوم به القاضي وجوبا للحيلولة دون وقوع فك الرابطة الزوجية أو من أجل استمرار الحياة الزوجية، عملا بقوله تعالى: {***وَالصُّلْحُ خَيْرٌ***}[2]، هذا جل ما يمكن أن يقال في تعريف الصلح، ولنا أن نتساءل عن مشروعية الصلح في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع ، وهو ما سيتم بيانه في الفرع الثاني الموالي .

الفرع الثاني

مشروعية الصلح

لقد تظافرت الأدلة على مشروعية الصلح بصفة عامة في عدة مجالات[3]، وبين الزوجين بصفة خاصة، فالصلح ثابت في القرآن الكريم(**أولاً**) و السنة(**ثانيًا**) والإجماع(**ثالثًا**) .

أولاً - في القرآن الكريم :

لقد أمر الله عز وجل بالصلح في العديد من الآيات في القرآن الكريم، من أجل أن يبين أهميته في تسير حياة الناس، وأنه السبيل الوحيد لحل الأزمات والخلافات، ومن بين تلك الآيات؛ قوله تعالى: {***لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ***}[4]، فالقيام بالإصلاح بين المتخاصمين أمر مطلوب، حتى يعودوا إلى ما كانوا عليه من الألفة و الإخاء، فيجوز فيه من النجوى ما لا يجوز في غيره، و يدخل الصلح بين الزوجين في هذا المعنى، وكذا الأجر العظيم الذي يجزي به الله

إفشاء أسرار الحياة الزوجية التي قد لا يجرؤ الزوجين على البوح بها إلى القاضي، مما يساعد على الوقوف على الأسباب الحقيقية للشقاق والتصدي لها قبل اشتداد الخصام ووصوله إلى القضاء.

[1]- بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة -دراسة مقارنة -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية2011-2012، ص 115.

[2]- سورة النساء، الآية 127

[3]- على غرار الصلح بين الزوجين نجد الصلح بين الورثة لقوله تعالى :{ **فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** }،.سورة البقرة، الاية 182، وكذلك الصلح بين المتحاربين لقولة تعالى:{ **وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ** }، سورة الحجرات الآية 9، وكذلك الصلح بين المؤمنين في قوله تعالى: { **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ** }سورة الحجرات، الآية 10، وصلح بين الخصوم فقال الله تعالى في كتابه العزيز: { ***وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَانِكُمْ أَن تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ***}، سورة البقرة، الاية224.

[4]- سورة النساء، الآية 114.

لعظم الفائدة المرجوة و الثواب الجزيل للمصلحين من هذا المعروف، وقوله عز وجل أيضا **:"{ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنفَالِ قُلِ الْأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ}**[1].

جعل الله إصلاح ذات البين من طاعته، فإن دل هذا فإنما يدل على أهمية الإصلاح الذي يخلق المودة والإخاء و المصافاة والأخوة والألفة، وترك أسباب الاختلاف و التنازع و الشقاق، وهو ما يؤكد مشروعية الصلح بصفة عامة، ويستدل على مشروعية الصلح بين الزوجين قوله تعالى: { ***وَالصُّلْحُ خَيْرٌ***}[2].

تشمل الآية جميع أنواع الصلح بما فيها الصلح بين الزوجين؛ كما قال جل شأنه أيضا ***:"{ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا}*** [3]،فإذا خيف وقوع الشقاق و الخلاف بين الزوج والزوجة، فيشرع في هذه الحالة في الصلح ليزيل الشقاق وتستمر الحياة الزوجية، ويتضح من الآية الكريمة، أن الله لما وعد الحكمين والزوجين بالتوفيق بشرط إرادة الإصلاح دل على محبة الله للإصلاح ، وهذا يدل دلالة إلزامية على مشروعية الصلح [4].

وقال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله***:"{ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا}***[5].

يعني أن المرأة إذا علمت من زوجها استعلاء بنفسه عليها، إما لبغضه إياها أو لكراهية بعض الأشياء منها، وظهر انصرافه عنها بوجه عام أو ببعض منافعه التي كانت لها منه، فلا حرج عليهما أن يصلحا بينهما، من أجل استدامة المقام في حبال العقد الذي بينهما، و الصلح خير.و حثت هذه الآية الزوجين على إصلاح ذات البين، وذلك لعظم الفائدة المرجوة والأجر العظيم و الثواب الجزيل للمصلحين من هذا الفعل الخير[6]، وكلمة" **خير** " في الآية بمعنى : خير من الفراق والتمادي في الخلاف و الشحناء

---

[1]- سورة الأنفال، الآية 1.

[2]- سورة النساء، الآية127.

[3]- سورة النساء، الآية 35.

[4]- المسيعديين خالد إبراهيم، أحكام الصلح بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة قسم الفقه وأصوله، جامعة مؤتة، الأردن، 2006، ص 11 .

[5]- سورة النساء، الآية 128 .

[6]- المسيعديين خالد إبراهيم، المرجع نفسه، ص 10 .

والمباغضة لأنها شر، وإن الله سبحانه وتعالى وصف الصلح بالخير، ولا يوصف بالخير إلا ما كان مشروعا مأذونا فيه.[1]

ثانيًا - في السنة :

يعتبر الصلح من الأمور الجائزة والمرغوب فيها بين الناس جميعا في المجتمع، و الأحرى بين الزوجين، وهو ما تؤكده السنة القولية(أ)، والفعلية(**ب**)

أ- السنة القولية:

جاءت جملة من الأحاديث أشهرها: ***عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن الرسول صلى الله عليه وسلم*** قال :"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا و المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا" [2]،إن هذا الحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ولا يوصف بالجواز إلا ما كان مشروعاً في أصله، ولا يظلم فيه أحد الطرفين و لا يحرم حلالاً فهو جائز، فالصلح إذا تم بين الخصمين فهو منتهى و قمة العدل و أقرب الى دوام المودة والأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه صلاح الأسرة وصلاح المجتمع ككل.

فَعَنْ ***أَبِي الدَّرْدَاءِ*** . رضي الله عنه . قَالَ رَسُولُ الله . صلى الله عليه وسلم .«: أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِأَفْضَلَ مِنْ دَرَجَةِ الصِّيَامِ وَالصَّلاَةِ وَالصَّدَقَةِ؟»قَالُوا: بَلَى؛ قَالَ: « صَلاَحُ ذَاتِ الْبَيْنِ؛ فَإِنَّ فَسَادَ ذَاتِ الْبَيْنِ هِيَ الْحَالِقَةُ»[3].

ب- السنة الفعلية:

ثبت في صحيح البخاري: " أن ***النبي صلى الله عليه وسلم*** ذهب إلى بني عمروبن عوف ليصلح بينهم"، وعن ***أم كلثوم بنت عقبة*** رضي الله عنها، أنها سمعت ***رسول الله - صلى الله عليه وسلم -*** يقول: «ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينمي خيرا أو يقول خيرا»[4]، وروى ***عبد الله بن كعب عن كعب بن مالك*** رضي الله عنه لما تنازع مع أبي حدود في دين على إبن أبي حدود ،أن ***النبي صلى الله***

---

[1] - شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 123 .

[2] - الحديث أخرجه الترميذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير، تحقيق و شرح أحمد محمد شاكر، دار الكتاب العلمية، لبنان، دون سنة، ص 635.

[3] - الإمام العسقلاني ابن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري ،الجزء الرابع، المطبعة المصرية، لبنان، سنة 1243 ص 405 ، وقد جاء تفسيرُ الحالقةِ مرفوعًا من قول النَّبِيِّ . صلى الله عليه وسلم .: « **لاَ أَقُولُ تَحْلِقُ الشَّعْرَ، وَلَكِنْ تَحْلِقُ الدِّينَ».**

[4] - الإمام العسقلاني ابن حجر، المرجع نفسه، ص 228و229.

عليه وسلم أصلح بينهما بأن إستوضع من دين كعب الشطر وأمر غريمه بأداء الشطر[1]، فدل ذلك على جواز الصلح.

ثالثًا - الإجماع :

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الإصلاح بين الناس، في كل المجالات، بما فيها الصلح بين الزوجين، و قد اشتهر العمل بالصلح بين الصحابة رضوان الله عليهم، إذ روي عن ***عمر بن الخطاب*** رضي الله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعري: "وأحرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء"، كما قال أيضًا: " ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن "[2] ، فقد أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقا وكان ذلك بمحضر الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، ولم ينكروا عليه فيكون إجماعًا من الصحابة، ويكون حجة قطعية لأن الصلح شرع للحاجة وهي قطع الخصومة والمنازعة[3].

وقال صاحب كتاب المغني:" وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع، صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل و أهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما"[4].

وفي الأخير نخلص أن مشروعية الصلح ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة والفقهاء، ولكي نتمكن من الإحاطة جيدًا بماهية الصلح في شؤون الأسرة، ينبغي أن لا نكتفي بتعريفه بصفة عامة أو بصفة خاصة، بل لا بد من تمييزه عن غيره من صور الصلح المشابهة له في القوانين الأخرى وهو ما سوف نتناوله من خلال المطلب الثاني الموالي.

---

[1] - المرجع نفسه، ص 238.

[2] - الإمام بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، الجزء الخامس، المطبعة الجمالية دون بلد النشر، 1328هـ، ص 40 .

[3] - شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 126 .

[4] - المقدسي ابن قدامة، موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن محمد المغني والشرح الكبير، كتاب الصلح، الجزء الخامس دار الكتاب العربي، دون بلد النشر ،1983 ص 6.

المطلب الثاني

تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى

لإبراز خصوصية الصلح في قانون الأسرة،لابد من محاولة تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القانون المدني(**الفرع الأول**)، وكذا تمييزه عن الصلح المعروف في المادة الاجتماعية(**الفرع الثاني**)، ثم نتطرق إلى تمييزه بالصلح الذي أتى به قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يعتبر طريق بديل لحل النزاعات(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني

سبق وأن خلصنا للقول أن الصلح في شؤون الأسرة لا يعتبر عقد، وإنما إجراء يجريه قاضي شؤون الأسرة بين الزوجين، على خلاف الصلح في القانون المدني الذي يكيف على أنه عقد طبقًا لنص المادة(**459**) منه [1]، و إن كان الصلح في شؤون الأسرة و الصلح في القانون المدني لهما نفس الهدف بحيث أن كليهما ينهيان النزاع بطريقة ودية، بانقضاء الحقوق و الإدعاءات التي تنازل عنها كل من المتصالحين، حيث تنقضي الدعوى بالصلح، غير أن ذلك لا يعني عدم وجود اختلاف بينهما.

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الصلح في قانون الأسرة كحالة القوانين العربية ككل[2]، واعتبره من قبيل الإجراءات الوجوبية و الأولية التي يلتزم القاضي بها قبل الشروع في مناقشة موضوع الدعوى، فتجد محاولة الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق مصدرها القانوني في قانون الأسرة بموجب المادة (**49**) [3]منه، بحيث تنص على ما يلي: "***لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3)أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى..***"، وكذا نص المادة (**431**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الطلاق بالتراضي، والتي تنص: "***يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور ، من قبول العريضة ...و يحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا ..***" .وبصفة عامة في صور فك الرابطة الزوجية في المواد (**439**) وما يليها.

---

[1]- خوخي خالد، التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، السنة الجامعية 2011-2012، ص 90.

[2]- نذكر على سبيل المثال المشرع المغربي في المواد (**81**) و (**82**) من مدونة الأسرة المغربية، والمشرع التونسي في الفصل **32** من مجلة الأحوال الشخصية.

[3] - قانون رقم 84-11، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

نلاحظ أن المشرع الجزائري عند نصه على الصلح في قانون الأسرة اعتبره إجراءا قضائيا، يسبق الفصل في القضية دون تقديم تعريف له، في حين نجده في القانون المدني قد خصص له فصلاً كاملاً وهو الفصل الخامس من الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود وذلك من المادة **(459)** إلى **(466)** من القانون المدني، حيث عرفه في نص المادة ***(459)*** بما يلي :" ***الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعا محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه***"، وبذلك يكون المشرع قد أقر بالصلح في سواء القانون الخاص أوفي القانون العام واعتبره عقدا [1]، وبذلك نجد أن أحد طرفي الصلح في القضايا المدنية، إما شخص طبيعي أو معنوي. أما بالنسبة لطرفي الصلح في قضايا شؤون الأسرة فهما دائًما شخصين طبيعيين، وهما الزوج و الزوجة حسب المادة الرابعة من قانون الأسرة [2].

أما عن طبيعة النزاع، ففي القانون المدني يمكن أن يكون نزاع قائم أو محتمل [3]، و تبعًا لذلك يكون الصلح بهدف حل نزاع قائم و صلح بهدف توقي نزاع محتمل. غير أنه بالمقابل يكون إجراء الصلح في شؤون الأسرة لصيقاً بالنزاع القائم بالضرورة، وهو النتيجة المباشرة والمؤكدة بعد رفع الدعوى، إضافة إلى الاختلاف في محل النزاع ذاته فأي نزاع يمكن أن يكون محلاً للصلح في القانون المدني مهما كان الحق المتنازع فيه، و أيا كانت ترتيباته وصحته ومداه، رغم وجود بعض القيود على مبدأ حرية التصالح والتي ترجع أساساً إلى فكرة النظام العام، على خلاف الصلح في شؤون الأسرة الذي له طابع استثنائي؛ لا يقبل النزاع المستقبلي أو الاحتمالي، ذلك أن موضوع فك الرابطة الزوجية مطروح على قاضي شؤون الأسرة الذي يكون محلاً للصلح، وعليه فالقاضي ينظر فيما هو عالق أمامه من مسائل و خلافات زوجية [4].

طبيعة قضايا شؤون الأسرة تختلف عن طبيعة قضايا القضاء المدني، لأن الأولى تتعلق بحالة الأشخاص بذاتهم ويغلب عليها طابع السرية والحرمة، والثانية تتعلق بالأموال سواء كانت منقولة أو

---

[1] - مثل المصالحة في القانون الإداري، وقد صدرت عدة قوانين خاصة تجيز المصالحة في فئة معينة من الجرائم ذات الطابع المالي و الاقتصادي مثل: الجرائم الجمركية وجرائم المنافسة والأسعار وجرائم الصرف.. الخ.

[2] - تنص المادة **(4)** من قانون الاسرة على مايلي: "**.الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الانساب**" .

[3] - تنص المادة **(459)**من القانون المدني على ما يلي: " **الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**".

[4] - خوخي خالد، مرجع سابق، ص 90.

عقارية [1]، يلاحظ أيضاً أن الصلح في شؤون الأسرة لا يتوفر على نص إجرائي يتعلق بالصلح، الذي يتم خارج الجهات القضائية وبعيدًا عن الخصومة القضائية، التي ترفع أمامها والتي يطلب بعدها من القاضي الإشهاد للأطراف به خلافا لما هو منصوص عليه في الصلح المدني[2] .

إن القائم والمبادر بالصلح في شؤون الأسرة؛ القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة، وهو ما تؤكده نص المادة (**49**) من قانون الأسرة، و كذا المواد (**431**) و(**439**) و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و والإدارية، فيمكن للقاضي أن يقوم بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين بنفسه أو يقوم به الحكمين تحت إشرافه. أما الصلح في القانون المدني فقد يكون بمبادرة من الخصوم أنفسهم أو بسعي من القاضي و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

وأما فيما يخص ميعاد إجراء الصلح في قضاء شؤون الأسرة، نجده محدد بمدة زمنية معينة، بحيث يجب على قاضي شؤون الأسرة إجراء الصلح خلال فترة ثلاثة(**03**) أشهر من تاريخ رفع الدعوى، إذ ليس له السلطة التقديرية في اختيار اللحظة المناسبة لإجراء الصلح، و إنما آليًا و بمجرد أن ترفع دعوى أمامه حيث يجب عليه أن يبدأ بإجراء عدة محاولات للصلح دون أن يتجاوز المدة المحددة له من قبل المشرع

بينما الصلح في القانون المدني، غير مرتبط بمدة معينة، فقد يكون في بداية النزاع أو قبل الفصل في الدعوى، أو حتى بعد إقفال باب المرافعات إذا رجعت الدعوى إلى الجدول بناء على طلب أحد الخصوم، بمعنى يمكن أن يكون في أي لحظة طيلة مراحل سير الدعوى، بحيث خول المشرع للقاضي وللأطراف إبرام الصلح في اللحظة المناسبة، والسبب في ذلك يرجع إلى تطور الخصومة من مرحلة إلى مرحلة أخرى، فقد تكون بعض لحظات الخصومة أكثر ملائمة من اللحظات الأخرى للقيام بعملية الصلح [3]، وعليه فالقاضي المدني يملك السلطة التقديرية لاختيار الزمن المناسب لعرض الصلح على أطراف النزاع، على خلاف قاضي شؤون الأسرة الذي يكون سلطته مقيدة [4]..

أما ما تعلق بتحديد عدد محاولات الصلح، فنجد أنه في القانون المدني، لم يحدد المشرع عدد الجلسات ولم يقيد زمن عقدها وعرض الصلح فيها، ويفهم من خلال ذلك أنه يمكن للقاضي وكذا الخصوم

---

[1] - العيش فضيل، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي ، الجزائر، دون سنة النشر، ص 43.

[2] - وهو يماثل نص المادة (**129**)من قانون المرافعات المدنية الفرنسية التي تتناول الصلح الذي يتم خارج الخصومة القضائية و يطلب أطرافه من القاضي الإشهاد لهم به .

[3] - خوخي خالد، مرجع سابق، ص 128.

[4] - المرجع نفسه، ص 130.

طلب إجراء الصلح في أي مرحلة تكون عليها الخصومة يرون فيها جدية المحاولة، فيتجلى هنا الطابع الاختياري للصلح، و هنا أيضا و على خلاف قانون الأسرة الذى ذكر ذلك جليا في المادة **(49)** بأنه يقع على القاضي لزاما إجراء عدة محاولات للصلح و لكن يبقى تقدير عدد هاته المحاولات خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و لا رقابة عليه في ذلك.

يتعين على كل طرف من أطراف الصلح المدني أن يتنازل على وجه التبادل عن حقه، ذلك أن الصلح يقتضى التضحية من الجانبين، وغالبا ما تكون التنازلات متوازية وذات طابع رضائي، فالصلح في المسائل المدنية يتميز بتنازلات متبادلة أو متكافئة [1]، بحيث تنص المادة **(459)** من القانون المدني على ما يلي:"**...وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**".

و يعد تنازل المتنازعين عن إدعائهم العنصر الرئيسي في نظام الصلح المدني [2]، بينما الصلح في شؤون الأسرة يكون الزوجين في موقعين غير متكافئين في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، قد يكون ناجما عن ممارسة الزوج لحقه في الرجعة في الطلاق الرجعي فمن غير اللائق أن نتكلم عن التنازلات المتبادلة، فالحقيقة أن الأمر لا يخص مسألة التنازل وإنما يتعلق باستعمال حق، إذ نجد الزوج يستعمل حقه الثاني وهو الرجعة أثناء عملية الصلح خلال فترة العدة الشرعية بعدما استعمل حقه الأول في الطلاق، وهنا لا نكون أمام تنازل ع ن حقوق وإنما نكون أمام حق مقرر شرعًا وقانوناً للزوج، وهو ما نصت عليه المادة **(50)** من قانون الأسرة :" ***من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد*** ".

غير أن هذه الكفة تتساوى عندما تنقضي العدة ويصبح رضا الزوجة أمر ضروري للحديث عن الصلح إذ لها كل السلطة لفرض إرادتها على الزوج.

يترتب على الصلح المدني باعتباره عقد من الناحية القانونية ما يترتب على العقد بصفة عامة، مما يعني أن عقد الصلح يخضع لجميع أحكام العقد الواردة في القانون المدني[3]، وتطبق عليه أحكام الفسخ المنصوص عليها في المادة **(119)**، فمتى أخل أحد المتصالحين بالتزاماته بعد إبرامه لعقد الصلح، يجوز للطرف الآخر طلب فسخ العقد لأن الصلح عقد ملزم للجانبين؛ وبذلك فالصلح المدني عقد قابل للفسخ

---

[1] - خوخي خالد، المرجع نفسه، ص 90.

[2] - قدور محمد سليمان، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الجامعية2011-2012، ص 62.

[3] - حمدادو لمياء، سلطة القاضي في تسير إجراءات الخصومة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- ، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص 43.

والانقضاء و البطلان [1]، ولا يكتفي عقد الصلح بهذه القواعد العامة، إذ أنه أيضًا ينفرد بقواعد خاصة تميزه عن العقود الأخرى إذ تنص المادة **(466)** من القانون المدني على أنه : " **الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض** "[2] ، بينما الصلح في قانون الأسرة إجراء قضائي، فلا يخضع للنظرية العامة للعقد، و إنما يخضع لأحكام الإجراءات، فلا يكون محلاً للفسخ و لا البطلان بمفهوم القانون المدني، و بالتالي لا مجال للحديث حتى على البطلان الإجرائي لعدم وجود الجزاء عند تخلفه، فلا يترتب عن إغفال القاضي له أي بطلان، لأن المشرع لم ينص على أي جزاء في حالة مخالفته له وفي هذا الصدد تقضي المادة **(60)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " ***لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك وعلى من يتمسك به إثبات الضرر الذي لحقه*** ".

أما عن إمكانية تجديد النزاع، ففي الصلح المدني نلاحظ أنه لا يمكن رفع دعوى من جديد في نفس الموضوع والأطراف والسبب الذي سبق الفصل فيه عن طريق الصلح، مما يعني انقضاء الخصومة طبقًا لنص المادة **(220)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تعتبر القاعدة العامة و ذلك بنصها

---

[1] - شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 41 .

[2] - بالنظر إلى المادة **(466)** من القانون المدني :نجدها تقر ببعض المبادئ الهامة والمتمثلة في أن الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله، ولا يسري هذا الحكم إذا تبين من عبارات العقد أن أجزاء العقد مستقلة عن بعضها البعض . فيكون الصلح وحدة لا تتجزأ وهذه الوحدة تكون في كل بنوده وشروطه وبالنسبة لجميع أطرافه، فبطلان جزء منه يقضي عليه بأكمله، فإن جَمع الصلح عدة متصالحين وكان منهم قاصر إلى جانب البالغين فيكون بطلانه بالنسبة للقاصر ولغير القاصر، وإذا تضمن الصلح مسألة متعلقة بالحالة الشخصية إلى جانب ما ينجر عنها من حقوق مالية كما هو الشأن بالنسبة لصفة الوارث والحقوق التي انتقلت إليه عن طريق الإرث، فإن الصلح في هذه الحالة يقع باطلاً برمته، وتستند هذه القاعدة إلى إرادة المتصالحين الضمنية ، فالصلح عبارة عن تنازل كل طرف عن جزء مما يدعيه من حقوق في مقابل تنازل الطرف الآخر عن بعض ما يدعيه، وبالتالي يفترض أن يكون قصدهما اتجه إلى جعل صلحهما وحدة لا تتجزأ ، فإذا انهار جزء منها انهار العمل القانوني بأكمله، لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز أن تتجه فيه نية المتعاقدين صراحة أو ضمنيا إلى اعتبار أجزاء الصلح مستقلة عن بعضها البعض، فإذا بطل جزء منه بقيت الأجزاء الأخرى قائمة لأنها مستقلة عن الجزء الباطل، وبذلك يمكن أن يتجزأ الصلح طبقا لإرادة الطرفين، وهذا ما أكدته **الفقرة الثانية** من المادة **(466)** من القانون المدني، **أنظر**: لشهب نسيمة، الصلح في المنازعات المدنية والإدارية مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الحادية عشر، المعهد الوطنى للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2000 – 2003، ص30.

على أنه: " ***تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح ..*** "[1]، فبعد إبرام الصلح بين الطرفين، يستطيع كل طرف أن يلزم الآخر بهذا الصلح فيمنعه من تجديد النزاع، وهذا عن طريق الدفع بالصلح.

أما في قانون الأسرة؛ و بالتحديد قضايا الحالة و دعاوى فك الرابطة الزوجية، إذا تم رفع دعوى سواء من الزوج على أساس الطلاق بالإرادة المنفردة أو من الزوجة طالبة الخلع أو التطليق، و انتهى القاضي إلى الإصلاح بينهما، فإن هذا الصلح لا يحول دون معاودة رفع دعوى فك الرابطة الزوجية مرة أخرى على أساس أنه لا يمكن الاحتجاج بمحضر الصلح السابق على أساس سبق الفصل، لأنه في مسائل الحالة والطلاق لا يمكن الاحتجاج بقاعدة حجية الشيء المقضي به نظرًا للطبيعة المتغيرة لهذا النوع من القضايا.

حيث نجد المحكمة العليا تؤكد على هذه النقطة وذالك من خلال قرارها الصادر بتاريخ **2005/09/14** " ***..عدم خضوع قضايا الحالة لقاعدة حجية الشيء المقضي به***[2] "، كما هو معلوم فالطلاق يدخل ضمن حالة الأشخاص، و في قرار آخر لها صادر بتاريخ **2009/1/14** الذي جاء بمبدأ عدم جواز اكتساب الأحكام الفاصلة في القضايا المتعلقة بالنفقة وحالة الأشخاص لحجية الشيء المقضي به.

إلى جانب كل هذا نجد ان الصلح المدني قد يقتصر على بعض المسائل، ويترك البعض الآخر للقضاء الذي يبت فيها، ويجوز للطرفين الحصول على إشهاد فيما إتفاقا عليه حتى يضمن كل منهما عدم رجوع الآخر عليه[3]، الأمر الذي لا نجده في الصلح المتعلق بقضايا فك الرابطة الزوجية إذ لا يمكن تصور الصلح في مسائل دون أخرى .

وما يتعلق بالوكالة، في القانون المدني نجد أنه يجوز للشخص أن يوكل غيره ليبرم صلحا مع خصمه، كما يجوز للوكيل توقيع محضر صلح مع الخصم، و في هذه الحالة لا يجوز للوكيل سواء كان محامياً أو غيره أن يصالح عن حقوق موكله مالم يكن منصوصاً عليه في عقد التوكيل[4]، حسبما نصت عليه المادة (**574**)من القانون المدني، و إذا تجاوز الوكيل حدود نيابته كان الصلح قابلاً للإبطال إلا إذا

---

[1] - خوخي خالد، مرجع سابق، ص121.

[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 342470، مؤرخ في 2005/9/14 ، **المجلة القضائية** ،عدد 02 2005، ص 409 غالى 411.

[3] - قدور محمد سليمان، مرجع سابق، ص 65 .

[4] - المرجع نفسه، ص 27.

أقره الموكل [1]، و على خلاف ذلك في قضايا شؤون الأسرة ذهب قضاء المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ **2009/01/14** أنه :"**حيث يتبين من الإطلاع على الحكم محل الطعن أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح، بل أناب عنه محاميه أمام محكمة الدرجة الأولى ليصرح أمامها أنه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة عملا بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة**"، لكن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا جلسة الصلح والذي طلب فك الرابطة الزوجية، من أجل إبداء طلباته[2].

أما فيما يخص قابلية الصلح للطعن فيه، ففي شؤون الأسرة الصلح يكون مثبتا في محضر وهذا المحضر يكون سندًا تنفيذيًا، حيث لا يمكن الطعن فيه؛ ولذلك كان قضاء المحكمة العليا في هذا السياق عندما أقر أنه لا يجوز استئناف الحكم المثبت للصلح الذي وقع بين الخصوم، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي فصلت في النزاع المرفوع أمام القضاء، بينما الحكم المصادق والمثبت للصلح لا يقبل الاستئناف لكونه تضمن صلحًا بين الأطراف لا غير، ويتعين نقض القرار الذي قبل الاستئناف في هذا الحكم [3].

لكن على اعتبار الصلح سند تنفيذي مع أنه لا يحوز حجية الشيء المقضي به كالحكم القضائي يمكّن الأطراف من عرض النزاع من جديد أمام القضاء بنفس الموضوع، فهو يعد سندا رسميًا صادرا عن موظف عمومي وهو القاضي، وعليه وطبقا للقواعد العامة للمحررات الرسمية فله حجية مطلقة في الإثبات إلى أن يطعن فيه بالتزوير[4]، على خلاف الصلح المدني الذي يطعن فيه بالطرق المعروفة كالتماس إعادة النظر أو الطعن بسبب من أسباب عيوب الأهلية أو عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس، على أساس أن الصلح في المواد المدنية يكيف على أساس أنه عقد و بالتالي يخضع لأحكام العقود [5] .

---

[1] - المرجع نفسه، ص 28 .

[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 474956، مؤرخ في 2009/01/14، **مجلة المحكمة العليا** عدد 02، 2009، 271 وما بعدها.

[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 103637، مؤرخ في 1994/4/19، **المجلة القضائية**، عدد خاص 2001، ص 94 و ما بعدها.

[4]- بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثامنة عشر، الجزائر، السنة الدراسية 2007-2010، ص 13و 14.

[5]- خوخي خالد، مرجع سابق، ص 91.

غير أن هناك من يرى أن الصلح المدني الذي يتم أمام القضاء هو عقد و ليس حكم، و يترتب على ذلك إلغاء محضر الصلح بدعوى بطلان أصلية و ليس بطرق الطعن العادية أو غير العادية ويبنى الإدعاء بالبطلان أمام المحكمة المختصة، بناء على أحد الأسباب القانونية المبطلة للعقود[1].

و أخيرًا إن حاولنا تطبيق الأحكام السابقة على الصلح بين الزوجين، نجد أن بعض الأحكام تتوافق مع الصلح المدني كونه يتم أمام القضاء وتحت إشرافه عن طريق تحرير محضر صلح يوقّعه الزوجين والقاضي وأمين الضبط، وبهذا فهو يعتبر صلح القضائي، بيد أنه من ناحية أخرى نجد كثيرا من الأحكام لا تنطبق عليه كما سبق و أن بينا ، نظرًا للطابع الخاص للعلاقة الزوجية والصلح الذي يتم في خصوصها يختلف عما هو معروف في القواعد العامة لأنه صلح يتعلق بالأشخاص لا بالأموال [2].

بعد ما تم تبيان تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني، سيتم الآن تبيان تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية، وذلك من خلال الفرع الثاني التالي.

الفرع الثاني

تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية

إن حق اللجوء للقضاء هو من الحقوق العامة التي يكفلها القانون للناس جميعا، فلكل شخص حق الإدعاء أمام القضاء، سواء كان محقًا في إدعائه أو غير محق فيه، وهو الحق الذي تقضي به القواعد العامة في القانون [3]، بمعنى أن الشخص كلما وقع اعتداء على حقه أو مركزه القانوني نشأ له الحق في مباشرة الدعوى، لكن يمكن أن يورد القانون استثناءا على القاعدة بمعنى أنه بالرغم من وجود اعتداء على الحق أو المركز القانوني للشخص القانون يمنعه من اللجوء إلى القضاء إلا بعد القيام بعمل معين أو الحصول على إذن مسبق وهو ما يسمى بـ: "**المنع المؤقت**"، ويشكل هذا العمل قيدًا على رفع الدعوى، يعتبر هذا القيد عقبة قانونية وضعها المشرع أمام الشخص فلا ينفتح أمامه باب القضاء، إلا بعد استيفائه .

---

[1] - بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح،، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 6 و7 ماي، منشور في السلسة الخاصة بالملتقيات والندوات، عدد 03، الجزائر،2014، ص 98.

[2] - العيش فضيل، مرجع سابق، ص 43.

[3]- زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون، الجزائر، ص 75 .

ويشمل هذا القيد صور منها: إجراء المصالحة في منازعات العمل بحيث تنص المادة (**1/19**) من القانون رقم **90-04** على ما يلي **:" يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمال موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية** "[1]، يتضح من هذا النص أن المشرع قيد حق الشخص في اللجوء إلى القضاء في منازعات العمل، بضرورة إجراء محاولة الصلح، قصد تسوية النزاع بين الطرفين، إذ يترتب على رفع الدعوى قبل استيفاء هذا القيد عدم القبول [2]، وفي حالة عدم حصول صلح بين الطرفين حينئذ يحق للخصم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحماية القضائية، فهذا القيد من القيود النسبية لأنه يقوم بعمل وإذا لم يؤد العمل إلى نتيجة يلجأ إلى القضاء[3]، لكن إذا حصل وأن لجأ الشخص – العامل - إلى القضاء دون أن يقوم بمحاولة الصلح فما هو الأثر المترتب على الدعوى ؟ فيجب عند رفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي مراعاة القواعد العامة المقررة لرفع الدعاوى مع إضافة شرطين لقبولها شكلا وهما:

- أن ترفق العريضة بمحضر عدم الصلح وتجدر الإشارة بأن التظلم سواء كان تدرجياأو أمام نفس الجهة المستخدمة، لا يحل محل محضر عدم الصلح و لا يعتبر شرطا لقبول الدعوى.

- أن ترفع الدعوى خلال أجل لا يتجاوز ستة(**06**) أشهر من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح وذلك تحت طائلة سقوط الحق في رفع الدعوى[4]، و هذا حتى لا يتعسف العمال في رفع دعواهم إلا بعد انقضاء آجال طويلة قصد الحصول على تعويضات تكون أحيانا جد كبيرة[1].

---

[1]- جعل المشرع من هذه الإجراءات شرطاً جوهريًا قبل الانتقال إلى مرحلة الحكم، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً فهناك حالات لا تجدي المصالحة نفعاً بل قد تكون مستحيلة و هذا ما تؤكده المادة (**2/19**)من قانون رقم **90-04**، بحيث تؤكد المادة 19 الفقرة الثانية منها، أن إجراء المصالحة المنصوص عليه يعتبر اختياريا، عندما يكون المدعى عليه مقيما خارج الإقليم الجزائري، آو عندما يكون صاحب العمل في حالة إفلاس آو تسوية قضائية، وهو شيء طبيعي منطقي لأنه لا يمكن التوفيق بين أطراف احدهما غير مؤهل وغير قادر على تنفيذ الاتفاق الذي يمكن أن يتوصل إليه.

[2] - زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص76 و77.

[3] - فتسريح عامل يعد بمثابة اعتداء على حق آو مركز قانوني فمن المفروض العامل يلجأ إلى القضاء، لكن القانون منعه من ذلك بان أوجد ما يسمى بالقضاء البديل وهو آن يسوى النزاع داخليا وديا وإذا لم يفلح يلجأ إلى مكاتب المصالحة، .وإذا انتهت هذه المحاولة إلى نتيجة ايجابية يعفى من اللجوء إلى القضاء أما إذا انتهى إلى نتيجة سلبية فيكون من حقه اللجوء إلى القضاء ولذا محاولة الصلح في منازعة العمل تعتبر قيدًا على رفع الدعوى .

[4]- هو حق مقيد بمدة زمنية لممارسته تحت طائلة سقوط الحق باعتباره قاعدة أصولية تحتم على صاحب الحق ان يستعمله في وقت معين وإلا يسقط، ومن ثم يكون الميعاد المسقط عنصرا من عناصر الحق يدخل في تكوينه **أنظر**: : عشاش عبد الله، تسوية نزاعات العمل الفردية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2010، ص 84 .

من خلال ما سبق يظهر الفرق بين محاولة الصلح المقررة في منازعات العمل باعتبارها قيدًا على رفع الدعوى، وبين محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة **(49)** من قانون الأسرة الذي يعتبر في هذه الحالة شرطًا وجوبيًا للنظر في موضوعها، إذ يعد إجراء من الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة الذي يجريه القاضي مباشرة بعد رفع الدعوى، وهو ما تؤكده المادة **(49)** من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي :"**...بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ...**".

أما فيما يخص محاولة الصلح في قانون العمل فالمشرع يخاطب صاحب الحق، وعلى هذا الأساس لا يعتبر الصلح في هذه الحالة إجراء من إجراءات الخصومة، بل هو إجراء مستقل خارج عن الخصومة والدليل على ذلك؛ في حالة حصول العامل على محضر عدم المصالحة ورفع بعد ذالك دعوى قضائية ونفرض جدلاً أنها انتهت إلى بطلان الإجراءات، فكل الإجراءات التي تمت من يوم رفع الدعوى إلى أخر إجراء باطلة باستثناء محضر عدم الصلح إذ لا علاقة له بالخصومة المنعقدة بالمحكمة، فالمحضر يبقى صحيحاً ، ويمكن رفع دعوى من جديد استنادا إلى هذا المحضر لأنه لا يعد جزءًا من إجراءات الخصومة.

ورد إجراء المصالحة في أماكن مختلفة من تشريعات العمل، إذ نص عليه المشرع في القانون رقم **02/90** المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب [2]، كإجراء يمكن اللجوء إليه لحل الخلاف الجماعي في العمل قبل اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم، وكذا تناول المشرع المصالحة كإجراء إلزامي في نزاعات العمل الفردية قبل رفع الدعوى القضائية، في القانون رقم **04/90** المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل[3]، بموجب المادة**(19)**من القانون السالف الذكر.

نجد المشرع يفرق بين نوعين من منازعات العمل فيما يخص المصالحة فيهما، بحيث نجد النزاع الفردي[4]، ومن جهة أخرى النزاع الجماعي[1] ، أما بالنسبة لشؤون الأسرة دائما يكون النزاع فرديًا، حيث أن

---

[1] - بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر،2009 ص361.

[2] - قانون رقم 90-02، مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق ل 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، معدل ومتمم بالقانون رقم 91-27 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991 و الأمر رقم 06-03، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية .

[3]- قانون رقم 90-04، مؤرخ في 01 رجب عام 1410 الموافق ل 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 91-28، المؤرخ في 6 يوليو 1991.

[4] - عرفته المادة الثانية من قانون رقم 90- 04 على النحو الأتي:" **يعد نزاعًا فرديًا في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجير ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين إذا لم يتم حله في إطار عماليات تسوية**

أحد أهم الأشخاص الرئيسية في جلسة محاولة الصلح هما طرفيها المعنيين مباشرة بها وهما الزوجين وبعد مباشرة الدعوى وعرض الطلب على القضاء يظهر أشخاص أخاريين هم؛ قاضي شؤون الأسرة وهو الذي يشرف على محاولة الصلح، و أمين الضبط (كاتب القاضي)[2]، حيث يكون الطرفين في مركزين متعادلين، بينما في قانون العمل بحكم العلاقة المتميزة أساساً نجد الأطراف في مراكز ذات مصالح مختلفة ومتناقضة، في ظل علاقات إنتاجية وحركية وحيوية، فنجد من جهة العامل و هو الطرف الضعيف في العلاقة، ورب العمل من جهة أخرى في مركز أقوى وأعلى، فيكون طرفا المنازعة الفردية عامل واحد أو مجموعة صغيرة من العمال على أن يكون موضوع النزاع مشترك بالنسبة لهم وصاحب العمل، ويكون طرفا النزاع الجماعي عددًا من العمال الأجراء سواء كانت هذه المجموعة منظمة أو نقابة أو لم تكن كذلك[3].

أما في ما يخص القائم بالصلح نجد في شؤون الأسرة القاضي هو المختص بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين رفقة أمين الضبط، الذي يحرر محضرًا يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح ساعيًا بذلك إلى إقناع الزوجين أو أحدهما على العدول عن فكرة الطلاق[4]، بينما في منازعات قانون العمل الفردية[5] فالقائم بالمصالحة حسب نص المادة 19 من قانون 90-04 والتي تنص على أنه :"**...موضوع**

داخل الهيئات المستخدمة"، في حين نجد منازعات العمل الفردية تنظمها المواد 6 إلى 35 من القانون نفسه. حيث تتضمن هذه المواد أحكام تخص مكاتب المصالحة، وتشكيلتها، ولخطارها، واختصاصها في مجال المنازعات الفردية داخل الهيئات المستخدمة .

[1] - عرفته المادة الثانية من قانون رقم 90-02 على النحو الأتي:"**يعد نزاعاً جماعياً في العمل خاضعا لإحكام هذا القانون كل خلاف يتعلق بالعلاقات الاجتماعية و المهنية في علاقة العمل والشروط العامة للعمل، ولم يجد تسوية بين العمال والمستخدم باعتبارهما طرفين في نطاق المادتين 4و5 أدناه**"، وفيما يخص المصالحة في إطار القانون رقم 90-02 نجد أن المشرع الجزائري يفرق بين الأحكام التي تطبق على الهيئات المستخدمة غير المؤسسات والإدارات العمومية، وبين الأحكام التي تطبق على المؤسسات والإدارات العمومية خاصة الأحكام المنظمة للمصالحة بموجب المواد **(06)**، **(07)**،**(08)**، **(09)** التي تطبق على الهيئات المستخدمة غير المؤسسات والإدارات العمومية، أما المواد **(16)**،**(17)**، **(18)**، و**(19)** فتطبق على المؤسسات والإدارات العمومية.

[2]- زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ،السنة الجامعية 2007/2006، ص 104.

[3] - عشاش عبد الله، مرجع سابق، ص 29و30.

[4]- زيدان عبد النور، المرجع نفسه، ص 87.

[5]- غير أنه يختلف الأمر في حالة النزاع الجماعي في العمل حيث يكون القائم بالمصالحة حسب الأوضاع الآتية: :

الوضع الأول: في منازعات العمل الجماعية التي تتعلق بالهيئات المستخدمة غير المؤسسات والإدارات العمومية ، بالرجوع إلى أحكام المواد **(5)** و**(6)**، وفي قانون رقم 90-02نجد نوعين من المصالحة في هذا المجال، .الأولى تسمى "**بالمصالحة**

محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة ... "[1]، غير أنه ما يلاحظ في ظل القانون الحالي أي قانون رقم 90- 03[2]، تراجع المشرع عن موقفه السابق المتمثل في إسناد مهمة إجراء محاولة المصالحة في النزاع الفردي إلى مفتش العمل، بحيث نجده انتزع منه هذه المهمة و أسندها إلى هيئة أخرى تتمثل في مكاتب المصالحة [3]، التي خول لها المشرع مهمة متمثلة في إجراء الصلح الذي يعد مسألة إجبارية يستوجب القيام بها قبل الانتقال إلى مرحلة التقاضي، فقد جعل من هذه الإجراءات شرطًا جوهريًا حسب نص المادة **(19)**من قانون رقم 90_04 بعد المرور أولاً بالتسوية الداخلية [4]، وفي حالة استنفاذها، يمكن للعامل أن

الاتفاقية" أين يباشر المستخدم و ممثلو العمال إجراءات المصالحة المنصوص عليها في الاتفاقيات أو العقود التي يكون كل من الجانبين طرف فيها، أما الثانية والتي تسمى "**المصالحة القانونية**"، يرفع المستخدم أو ممثلو العمال الخلاف الجماعي في العمل إلى مفتشيه العمل المختصة إقليميا .وتقوم هذه الأخيرة وجوبًا بمحاولة المصالحة بين المستخدم وممثلي العمال، .أما **الوضع الثاني**: خاص بمنازعات العمل الجماعية التي تتعلق بالمؤسسات والإدارات العمومية، فبالرجوع إلى أحكام المواد **(16)**و **(17)** من نفس القانون نجد مستويين للمصالحة في حالة النزاع، بحيث إذا اختلف الطرفان في كل المسائل المدروسة او في بعضها ، يرفع ممثلو العمال المسائل محل الخلاف إلى السلطات الادراية المختصة على مستوى البلدية أو الولاية التي تنتمي إليها المؤسسة أو الإدارة المعنية .والوزراء أو ممثليهم المخولين، إذا كانت المؤسسات أو الإدارات المعنية تدخل في نطاق اختصاصهم أو إذا كان الخلاف الجماعي في العمل يكتسي طابًعا جهويًا أو وطنيًا هذا عن المستوى الأول، أما المستوى الثاني في حالة عدم تسوية تلك المسائل، تستدعي السلطة السلمية العليا المباشرة ، طرفي الخلاف الجماعي إلى اجتماع المصالحة بحضور ممثلي السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية ومفتشيه العمل المختصة إقليمياً، أما في حالة ما إذا تبين من خلال ذلك الاجتماع أن الخلاف يتعلق بتأويل الأحكام القانونية أو التنظيمية أو بمستجدات أوجدها الواقع العملي، في هذه الحالة تخطر السلطة السلمية المجلس المتساوي الأعضاء في الوظيفة العمومية [5]، وهذا الأخير يشكل جهاز مصالحة في مجال الخلافات الجماعية في العمل داخل المؤسسات والإدارات العمومية.

[1]- حسب المادة **(06)**من نفس القانون يتكون مكتب المصالحة من عضوين ممثلين للعمال وعضوين ممثلين للمستخدمين ويرأس المكتب بالتداول ولفترة ستة**(06)** أشهر عضو من العمال، ثم عضو من المستخدمين .ويعين لدى كل مكاتب المصالحة أعضاء إحتياطيون بضعف الأعضاء الأصلين.

[2]- قانون رقم 90-03، مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بمفتشية العمل، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-11 المؤرخ في 10 جوان 1996.

[3] - عيساني محمد، آليات تسوية نزاعات العمل الفردية في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 1998-1999، ص57و58.

[4]- يمر النزاع الفردي في العمل بمرحلتين:**الأولى** تتمثل في التسوية الودية داخل الهيئة المستخدمة مباشرة بين صاحب العمل و العامل، بعيدًا عن تدخل أي جهة خارجية كخطوة أولى، وذلك في إطار الإجراءات المحددة في الاتفاقيات الجماعية إن وجدت، كما تنص على ذلك المادة **(03)** من قانون رقم 90-04، أما في حالة غياب الإجراءات، يقدم العامل أمره إلى رئيسه المباشر الذي يتعين عليه تقديم جواب خلال ثمانية**(08)**أيام من تاريخ الإخطار، وفي حالة عدم الرد، أو عدم رضا العامل بمضمون الرد يرفع الأمر إلى الهيئة المكلفة بتسيير المستخدمين أو المستخدم حسب الحالة وهذا

يخطر مفتش العمل وفقا للإجراءات المحددة في القانون[1]، وخلال ثلاثة(**03**) أيام من تبليغه بإخطار مكتب المصالحة واستدعاء الأطراف إلى الاجتماع، وتحسب ثمانية (**08**) أيام على الأقل من تاريخ الاستدعاء إلى اليوم المحدد لحضور الأطراف، فإذا لم يحضر المدعي أو ممثله المؤهل دون مبرر شرعي يحق لمكتب المصالحة أن يقرر شطب القضية.

أما إذا لم يحضر المدعى عليه يتم استدعاؤه من جديد للحضور و في حالة غيابه في اجتماعين متتاليين للمصالحة؛ يُعد المكتب محضرًا بعدم المصالحة وتسلم نسخة منه إلى المدعي أثناء الاجتماع[2]، فإجراءات المصالحة تنتهي إلى حلين:ففي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف يُعد المكتب محضرًا بعدم المصالحة، أو حالة اتفاق الأطراف على كل أو جزء من الخلاف فيعد مكتب المصالحة محضرًا بالمصالحة على ذلك. ويعتبر المحضر المعد من قبل مكتب المصالحة في النزعات الفردية في العمل سواء بالمصالحة أو بعدمها، والذي يجب أن لا يتضمن شرطًا ينافي القوانين و النظم المعمول بها في مجال علاقات العمل، حجة إثبات ما لم يطعن فيه بالتزوير[3].

نفس الأمر تنتهي إليه محاولات الصلح في قضايا شؤون الأسرة. ففي حالة وقوع صلح بين العامل و صاحب العمل فإن مآل الصلح يكون التنفيذ مبدئيا، فيكون تنفيذ محضر المصالحة في منازعات العمل الفردية حسب المادة (**33**) من قانون رقم 90-04 التي تنص على ما يلي **:"ينفذ الأطراف اتفاق المصالحة وفق الشروط والآجال التي يحددونها فإن لم توجد ففي أجل لا يتجاوز 30 يوما من تاريخ الاتفاق** "، وهذا النوع من الصلح لا يلعب فيه قاضي رئيس القسم الاجتماعي أي دور في تحقيقه، إذ يتم خارج الخصومة القضائية، غير أنه يمكن له أن يتدخل، طبقا لأحكام المادة (**22**) من القانون رقم04/90 السالف الذكر بمناسبة تطبيق أو تفسير كل اتفاق مبرم في إطار الإجراءات الخاصة بالمصالحة أمام مكتب المصالحة

كما يمكن للقاضي أن يتدخل طبقا للمادة (**34**) من نفس القانون للأمر في أول جلسة بالتنفيذ المعجل لمحضر المصالحة مع فرض غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25 بالمائة من الراتب الشهري

الأخير يلزم بالرد كتابيا عن أسباب رفض كل أو جزء من الموضوع خلال خمسة عشرة(**15**) يوم على الأكثر من تاريخ الإخطار

[1]- - المواد (**04**)و(**05**) من قانون رقم90-04، مرجع سابق.

[2] - المواد (**26**) إلى (**30**)من قانون 90-04.

[3] تنص المادة (**32**) من قانون رقم 90-02 " ***يعتبر محضر المصالحة حجة إثبات ما لم يطعن فيه بالتزوير و لا يجوز أن يتضمن محضر المصالحة شروطا تتنافى مع النصوص السارية المفعول*** ".

في حالة عدم تنفيذ الاتفاق من قبل أحد الأطراف، و هو ما أكده المشرع هذه من خلال المادتين **(508)** و **(509)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1]، على خلاف الصلح في قضاء شؤون الأسرة أين يلعب القاضي دورًا كبيرًا في إجراء الصلح، بمساعدة الخصوم و تقريب وجهات نظرهما، بإبداء النصح والرشد من أجل الوصول إلى حل يرضي الطرفين، بغض النظر عن مدى مطابقة هذا الحل للعدالة الواقعية، فالمهم هو تراضي الأطراف، ومثل هذا العمل لا يمكن أن يكون عمل موثق و لا عمل قاضي بالمعنى القضائي للكلمة، فالقاضي هنا يتقمص دور المصلح الاجتماعي لإصلاح ذات البين[2]، حيث يتبين فعلاً وجلًيا الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي في عرضه الصلح على المتخاصمين من الزوجين فهو لا يكتفي فقط بعرضه الصلح بينهما، بل ينصرف جهده إلى اقتراح الحلول. وفي الوقت ذاته، يحافظ على عدم فصم عرى الزوجية. وليس الغرض من ذلك فقط مجرد عرض شكلي قصد إتمام واستيفاء الإجراءات قبل الحكم، فهو أقصى ما يتمتع به القاضي من دور إيجابي في إنهاء النزاع [3] .

تجدر الإشارة أن تنفيذ اتفاق محضر الصلح يرجع بالدرجة الأولى لإرادة و رغبة الأطراف أنفسهم في الالتزام به و تنفيذه حرفيًا، أو على الأقل التزام الطرف الملقى عليه الالتزام، إلا أن مرحلة تنفيذ محضر الصلح تثير مشاكل فإن كان المشرع الاجتماعي عمل على توفير ضمانات تنفيذية من شأنها إعطاء فاعلية للتنفيذ وإعطاء دفعًا و حزمًا صارمين للتنفيذ، وكمثال على ذلك الغرامات التهديدية التي تفرض في هذا الشأن.

بينما نجد في شؤون الأسرة أن المشرع لم يعط ضمانات لتنفيذ محضر الصلح بين الزوجين، بحيث اكتفى باعتبار محضر الصلح سندًا تنفيذيًا بمقتضى نص المادة **(443)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي على ما يلي: "***يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال. يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا*** "، غير أنه لم يبين الإجراءات المتبعة في حالة عدم التزام أو تنفيذ محضر الصلح من طرف أحد الزوجين. وهو ما سوف نتناوله بالدراسة في موضع أخر من هذا البحث، فيما يخص إشكالية تنفيذ محضر الصلح ، ونميز أيضًا بخصوص محاضر الصلح التي يحررها مفتشوا العمل أنها لا

---

[1]- بشير محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 6 و7 ماي، منشور في السلسة الخاصة بالملتقيات والندوات، عدد 03، الجزائر 2014، ص 65 .

[2] - بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 92 .

[3] - زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص93.

تصلح لأن تكون سندات تنفيذية بموجب المادة **(600) الفقرة الثامنة** منها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهذا لكون أنها غير مؤشر عليها من طرف القضاة.[1]

ويتم تنفيذ هذه المحاضر طبقًا لما تنص عليه المادتين **(33)** و**(34)** من القانون رقم 90-04 المؤرخ في **1990/02/06** و المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المعدل و المتمم[2]، و محضر الصلح لا يحل محل محضر عدم المصالحة في قبول الدعوى القضائية المرفوعة أمام القاضي الاجتماعي [3].وبذلك نخلص للقول أن الفرق بين الصلح في شؤون الأسرة و الصلح في المادة الاجتماعية، أن هذا الأخير هو صلح غير قضائي وهو الأصل، لأنه يكون قبل اللجوء إلى القضاء، أما الصلح في شؤون الأسرة فهو الاستثناء، فالقاضي يجري الصلح بين الزوجين بعد رفع النزاع أمامه فهو إجراء وجوبي، في حين أن الصلح في الشؤون الاجتماعية يكون قبل اللجوء إلى القضاء، فهو قيد أو عقبة قبل رفع الدعوى ويترتب على عدم احترامه عدم قبول الدعوى، حيث تنص المادة **(36)** من القانون رقم **90-04**على **ما يلي:" في حالة عدم المصالحة، يرفع الطرف الذي له مصلحة دعوى أمام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية، على أن ترفع العريضة الموجهة إلى المحكمة بنسخة من محضر عدم المصالحة الصادر عن مكتب المصالحة "، بينما في شؤون الأسرة عند فشل الصلح يحرر القاضي محضر عدم الصلح ويشرع في مناقشة موضوع النزاع.**

بعد ما تم تبيان تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية، سيتم الآن تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، وذلك من خلال الفرع الثالث التالي.

الفرع الثالث

تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات

استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرق بديلة لحل النزاعات4، ومن بينها الصلح الذي يهدف إلى إنهاء النزاع بين الخصوم ويؤدي إلى تخفيف العبء عنهم، لأن إجراءات التقاضي فيها كثير من التعقيد و المشقة، كونها تستغرق وقتا طويلا و تتطلب تكاليف باهظة، بالإضافة إلى أن الصلح

1_ أنظر محضر المصالحة وعدم المصالحة الملحق رقم (1).

[2]- وزاني توفيق، السند التنفيذي في المواد المدنية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة السابعة عشرة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2006-2009، ص10.

[3]- حمدي باشا عمر، القضاء الاجتماعي منازعات العمل و التأمينات الاجتماعية، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 275

[4]- استعمل المشرع مصطلح طريق بديل، ومن الناحية اللغوية استعمال عبارة "**طريق بديل** "يعني وجود طريق أصلي وعند الاقتضاء نستعمل الطريق البديل، والطريق الأصلي يقصد به هنا الدعوى، وتضمنت المواد من(**990**)إلى **(993)** الأحكام المتعلقة بالصلح في المادة المدنية.

يؤلف بين القلوب و يضع حدًا لما تتركه الخصومات من أحقاد في النفوس و شقاق بين أفراد الأسرة الواحدة [1]، و التقليل من حجم الدعاوى المعروضة على المحاكم و المجالس و حفاظًا على العلاقات المستقبلية للأطراف مما يترتب عنه استقرار الأوضاع[2] . غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل الصلح كطريق بديل يأخذ نفس المفهوم الذي يأخذه الصلح في قانون الأسرة أم أن له مفهوم أخر ؟.

وضع المشرع القواعد الإجرائية العامة للصلح كطريق بديل لحل النزاعات ضمن الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فحين تناول خارجه بعض الأنظمة الشبيهة و القريبة منه كإجراء الصلح في شؤون الأسرة في قضايا فك الرابطة الزوجية وكذا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بحيث يغلب على إجراء الصلح في نزاعات فك الرابطة الزوجية الطابع الوجوبي الإجرائي المسبق للصلح بعد رفع الخصومة القضائية وقبل السير فيها[3]، باعتباره إجراءا من إجراءاتها.فهو بهذا يختلف عن الطرق البديلة لحل النزاعات المنصوص عليها في الكتاب الخامس من نفس القانون و التي تعتبر طرق تعويضية للخصومة القضائية يلتجئ إليها المتقاضي بصفة اختيارية، متخليا بذلك كقاعدة عامة عن الكثير من إجراءاتها. لكن إجراء الصلح في نزاعات دعاوى فك الرابطة الزوجية وحتى منازعات العمل، وبالرغم مما يميزهما من هذه الزاوية عن الطرق البديلة لحل النزاعات، إلا أنهما يرميان إلى الغاية نفسها وهي التوفيق بين الأطراف سواء كانت كقيد على رفع الدعوى أو من الإجراءات الأولية بعد رفع الخصومة القضائية أو مواصلته.

ولذلك فكرة الصلح كطريق بديل ليس بالفكرة الجديدة في قانون الإجراءات المدنية في الجزائر، إذ سبق وأن تناولها المشرع في المادة (17) من قانون الإجراءات المدنية الملغى، و لو أنه اكتفى آنذاك بهذا النص الذي أجاز للقاضي بصفة عامة مصالحة الأطراف أثناء الدعوى وفي أي مادة كانت[4]، كما احتفظ

في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنفس هذه المقتضيات في المادة الرابعة منه، إلا أن إجراء الصلح هذه المرة ورد ضمن الأحكام التمهيدية وكرسه مع المبادئ الإجرائية العامة و ذلك لما له من

---

[1] - حبار حليمة، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ***مجلة المحكمة العليا،*** عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم، الجزء الثاني، 2009 ص 597.

[2] - كراطار بن حواء مختارية، صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم، ***مجلة المحكمة العليا،*** عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم، الجزء الثاني، 2009 ، ص 632.

[3] - بشير محمد، مرجع سابق ص 59 .

[4] -المرجع نفسه، ص 59 .

أهمية. غير أنه ذكر الصلح في الكتاب الخامس كطريق بديل و ليس كإجراء[1]، مثلما هو عليه الحال في شؤون الأسرة.

عالج المشرع القواعد الإجرائية للصلح كطريق بديل في أربع مواد من(**990**)إلى (**933**)وردت في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الخامس، ولم يعرف قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصلح كطريق بديل خلافا لما هو عليه الحال في الصلح في القانون المدني من خلال نص المادة (**459**)منه، لكن حسب الأستاذ **بشير محمد** الذي يرى أنه وإن أكدت هذه المواد الصلح المنصوص عليه في القانون المدني حسب ما جاء في مذكرة عرض أسباب المادة (**990**)، إلا أن الصلح الذي عنيت به يحمل مدلول أضيق، إذ يقتصر ذلك على الصلح الذي يتم أثناء الخصومة القضائية، ولذلك فإن تلك المواد القانونية مرتبطة بالطبيعة القضائية للصلح باعتباره يتم في مراحل الخصومة القضائية [2]، تلقائياً بين الأطراف أو بسعي من القاضي، و يثبت في محضر يوقع من طرف الأطراف ومن القاضي و أمين الضبط و يودع في أمانة ضبط الجهة القضائية ليتمتع بعد ذلك بصفة السند التنفيذي.

أوضحت المادة (**990**) السالفة الذكر الطابع الجوازي لمحاولة الصلح، إذ تركت فيه خيار إتمامه لطرفي النزاع بمبادرة منهما (بالرغم من أن مبادرة الأطراف لصلح وإقدامهم عليه كطريق بديل لم تكن في قانون الإجراءات المدنية السابق الذي لم ينص على هذه الحالة، بحيث اكتفى بالنص على الصلح الذي يتم بتدخل من القضاء[3]، ولم يعرف الصلح التلقائي بسعي من الأطراف)، بينما الصلح في قضاء شؤون الأسرة لابد من تدخل القاضي، نظرا للطابع الوجوبي له.

حسب مقتضيات نص المادة (**439**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [4]، لا يتمتع القاضي بكامل السلطة التقديرية حياله و ليس للأطراف حق عدم إجرائه، كون الصلح حسب نص المادة (**49**) من قانون الأسرة الذي يتضمن قاعدة تخاطب و تلزم القاضي لا الأطراف، فقد يرقى الصلح إلى حد أن

يكون التزاما على عاتق القاضي يجب الوفاء به قبل أن ينظر في الدعوى و يصدر حكماً فيها[5]، في حين الصلح كطريق بديل لا يفرض أي التزام على القاضي بعرضه على الأطراف، فهو بذلك ذو

---

[1] - مثلما فعل المشرع بالنسبة للتحكيم حيث ذكره في المادة (**975**) في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كإجراء يباشره القاضي الإداري ثم ذكره كطريق بديل في المادة (**1006**).

[2] - بشير محمد، مرجع سابق، ص 60 .

[3] - سليمان قدور محمد، مرجع سابق، ص 67 .

[4] - تنص المادة (**439**)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "**محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية** ".

[5] - سليمان قدور محمد، المرجع نفسه، ص 75 .

طابع جوازي يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة يختار بمقتضاها المكان و الزمن الذي يراهما مناسبين للمبادرة يبقى هذا منوطا بموافقة الخصوم عليه على خلاف الصلح في شؤون الأسرة حيث يكون بدون حاجة إلى استشارة أطراف النزاع، و أحيانا فإن القاضي لا يجريه متى كان إجراؤه بحد ذاته مخالفا للنظام العام مثل حالة الطلاق البائن أو الطلاق أو التطليق لردة أحد الزوجين.

ولذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري جاء بعدة أنظمة خاصة بالصلح الأمر الذي يجعله في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يختلف عنه في شؤون الأسرة. فالطبيعة الخاصة لنزاعات الطلاق والآثار المختلفة المترتبة عليها جعلت المشرع يفرض إجراءات و قواعد خاصة تضبط محاولات الصلح بين الزوجين في المواد **(439)** وما يليها.

فبالنسبة لعدد محاولات الصلح في شؤون الأسرة فإن المشرع لم يبينها، و لكنه حين ذكر"**... عدة محاولات..** "، يفهم منها أنها أكثر من محاولتين، فهو يدعو إلى عدم تسرع القاضي في الحكم بالطلاق والتركيز على الإصلاح بين الزوجين، بينما في الصلح كطريق بديل قد يعرض مرة واحدة مهما كانت مرحلة إجراءات الخصومة، و لم يربطه بأجل فيمكن أن يعرض ذلك في جلسة النطق بالحكم إذا كان كلاهما حاضرًا، ما لم ينطق القاضي بالحكم بعد[1]، غير أن الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية محدد بثلاثة **(03)** أشهر و فقاً لمقتضيات المادة **(49)** من قانون الأسرة وكذا مقتضيات المادة **442** فقرة **2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا فالصلح كطريق بديل لا أجل له [2]، حيث يبقى مفتوحاً ما لم يتم الفصل[3].

يرى الأستاذ **بشير محمد** أن الصلح المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة **(439)** و كذا المادة **(49)** من قانون الأسرة لا يختلف في مضمونه و آثاره عن الصلح الذي أجاز المشرع للأطراف و للقاضي السعي إليه (الصلح كطريق بديل) فكلاهما يهدف إلى التوفيق بين طرفي النزاع، و يعد المحضر الذي يجسدانه سنداً تنفيذًيا بعد توقيعه من قبل الأطراف و القاضي وأمين الضبط وإيداعه لدى أمانة الضبط[4]. حيث يعتبر الصلح كطريق بديل في قانون الإجراءات المدنية و

---

[1] - حبار حليمة، مرجع سابق، ص 614 .

[2] - قودري الأخضر، مرجع سابق، ص76.

[3] - المرجع نفسه، ص 85 .

[4] - بشير محمد، مرجع سابق، ص 62.

الإدارية من الطرق التعويضية للخصومة القضائية [1]، يتم سلوكها من الأطراف بعد رفع نزاعهم أمام القضاء، ويترتب على اختيارهم لها تخليهم عن إجراءات الخصومة القضائية.

كما أن الطابع الجوازي له يستثني الصلح الذي فرضه القانون على القاضي أو جهة أخرى في مرحلة معينة من مراحل الخصومة في شؤون الأسرة، لأنه منظم بنصوص خاصة به بحيث يغلب عليه طابع الوجوبية أو حتى الصلح الذي يقوم به مكتب المصالحة كشرط لقبول الخصومة القضائية .

أما من حيث جواز الوكالة في الصلح كطريق بديل، فلابد من وكالة خاصة، فلا يجوز للمحامي أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوصا عليه في عقد التوكيل طبقاً لنص المادة **(574)**من القانون المدني[2]، بينما الوكالة في الصلح في قانون الأسرة نجد أن قرارات المحكمة العليا لم ترخصه ولا كان ذالك عن طريق المحامي .كما سوف يتم تبيانه بالتفصيل في موضع آخر من هذا المبحث .

من بين الاختلافات أيضاً ؛ أن الصلح في شؤون الأسرة يقتصر أطرافه على الزوجين مع القاضي وأمين الضبط، و لا يتدخل أي شخص آخر ماعدا الإجراء المستحدث و هو إدخال أحد أفراد العائلة للمشاركة في الصلح وهذا ليس مفهوم الوكالة. لكن الصلح كطريق بديل اختلف الفقه حول تدخل الغير في الخصومة هل يوقف الصلح أو يجعله دون أثر على هذا الغير، واستقر الرأي على أن التدخل الإختصامي يفرض على المحكمة أن لا تقبل الصلح إلا بعد الفصل في موضوع التدخل[3]، وفي جميع الأحوال فإن للغير الذي تضرر من الصلح، أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه إذا فاته الاعتراض على الصلح، بموجب دعوى أصلية للبطلان لا دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التي لا تكون إلا في الأحكام و ليس في محاضر الصلح [4].

إن الصلح كطريق بديل بما أنه إجراء جوازي، فلا يترتب على إغفاله أي جزاء إجرائي، فالقاضي غير مجبر على عرضه وكما أن الخصوم غير مجبرين على الصلح المعروض عليهم من قبل القاضي[5]، على خلاف الصلح في شؤون الأسرة الذي يكون وجوبيًا على القاضي إجراءه و إثباته في محضر الذي يعد سندًا تنفيذيًا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط وبالتالي يمكن تنفيذه عن طريق إجراءات التنفيذ الجبري

---

[1] - بشير محمد، المرجع نفسه، ص69 .

[2] - حبار حليمة، مرجع سابق، ص 605 .

[3] - بودريعات محمد، مرجع سابق، ص 98 .

[4] -المرجع نفسه، ص 98 .

[5] - حمدادو لمياء، مرجع سابق، ص 45 .

المنصوص عليه في المواد (**600**) وما بعدها [1]. غير أن الصلح في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد يكون كليا، فهنا يعتبر محضر الصلح هو السند التنفيذي الوحيد للتنفيذ الجبري أما إذا كان الصلح جزئياً فهنا نكون أمام سندين تنفيذين: الأول محضر الصلح الجزئي، و الثاني يتمثل في الحكم وهذا لا نجده في شؤون الأسرة و لا يمكن تصوره .

فالصلح كطريق بديل في إطار ما يسمى بالطرق التعويضية لحل النزاع أو كإجراء في شؤون الأسرة يعتبر سندًا رسمياً، من بين السندات التنفيذية، يمكن بموجبه اقتضاء الآداءات بطريق التنفيذ الجبري.[2]

وأخيرًا نقول لقد أحسن المشرع صنعاً لما استثنى من الطرق البديلة قضايا شؤون الأسرة، و يشكل هذا الاستثناء حالة خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكون المشرع في قانون الأسرة فضل الصلح الذي يقوم به القاضي مباشرة مع الطرفين، فلا يمكن له بعدها أن يفرض إجراء الصلح كطريق بديل أو الوساطة، بل أن تبرير استثناء إجراءات الصلح كطريق بديل في مجال قضايا شؤون الأسرة يرجع إلى احتواء التشريع الخاص بها إلى ما يتكفل بهذا الطريق البديل لحل النزاعات[3].

بعد ما تم دراسة مفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، وكذا تمييزه عن صور الصلح في القوانين الأخرى، بقي سؤال مهم يطرح نفسه، مفاده هل محاولات الصلح في شؤون الأسرة لها علاقة بالنظام العام أم لا ؟ أي بمعنى آخر، هل محاولات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة تعد من الإجراءات الجوهرية أو غير الجوهرية ؟ هذا ما سيتم دراسته من خلال المبحث الثاني التالي.

المبحث الثاني

وجوبية الصلح في شؤون الأسرة

---

[1]- ذكرت المادة (**600**)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السندات التنفيذية التي يجوز تنفيذها جبرًا ومن بينها محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة و المودعة بأمانة الضبط.

[2] - حبار حليمة، مرجع سابق، ص604 .

[3]- ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة الثالثة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ،2012، ص 511.

تثير محاولة الصلح في قانون الأسرة، إشكالات من حيث مدى الزاميتها، فقد اختلف الكثير من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة (**49**)من قانون الأسرة إلى اتجاهين، بين من يرى أن إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية، بحيث يعتبرون محاولات الصلح من النظام العام و يرتبون على إغفال أو عدم قيام القاضي بهذا الإجراء بطلان العمل القضائي، ومنه بطلان حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي، و بين من يرى عكس ذلك بأن محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهري، وتبقى دائما وأبدًا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام ولا بالطلاق أو التطليق أو الخلع، أو حتى الطلاق بالتراضي ومنه تطرح أسئلة عديدة ، مفادها:

هل محاولة الصلح تعد إجراء جوهري من النظام العام أم أنها إجراء غير جوهري؟ وما هو الفرق بين الإجراء الجوهري و الإجراء غير الجوهري والإجراء الوجوبي ؟.

وهل تخلف إجراء الصلح في دعاوى فك الربطة الزوجية يؤثر على صحة الحكم القضائي المثبت لفك الرابطة الزوجية أم لا ؟ بمعنى هل يلحقه البطلان الإجرائي إذا لم يجرِ القاضي محاولات الصلح؟.

للإجابة على كل هذه الأسئلة، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، إذ يخصص المطلب الأول منه إلى تبيان ما إذا كانت محاولات الصلح تعد إجراء جوهريًا أو إجراء غير جوهري.

أما المطلب الثاني منه، فسيخصص إلى تبيان أثر تخلف إجراء محاولة الصلح على الحكم.

وفي ما يلي، نتطرق إلى محاولة تبيان أن محاولات الصلح في شؤون الأسرة لا تعد من النظام العام ، من خلال المطلب الأول التالي .

المطلب الأول

علاقة الصلح بالنظام العام

نص المشرع على محاولات الصلح في قانون الأسرة في المادة (**49**) منه، التي جاءت كما يلي: " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**"، كما نظمه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المواد (**431**) و (**439**) إلى (**448**) منه. إلا أن الفقه و القضاء اختلفا بين ما إذا كانت محاولة الصلح إجراء جوهريًا أو وجوبياً أو غير جوهري .

الفرع الأول

محاولات الصلح إجراء جوهري

هناك الكثير من رجال القانون، عند تفسيرهم لنص المادة **(49)**من قانون الأسرة، وكذا المواد المنظمة لإجراءات الصلح الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الكتاب الثاني تحت عنوان الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، من الباب الأول في الإجراءات الخاصة بالمحكمة و في الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام في الفصل الأول، في شؤون الأسرة، في القسم الثالث في إجراءات الطلاق في الفرع الثالث في الصلح في المواد**(439)** وما بعدها؛ أن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة، تعد من الإجراءات الأولية و الجوهرية والإلزامية السابقة على الحكم بفك الرابطة الزوجية باعتبارها من النظام العام هذا من ناحية الفقه (**أولاً**)؛ و الجدير بالذكر بعد الإطلاع على بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، نجدها ذهبت إلى القول أن القاضي الذي يحكم دون قيامه بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين، يعتبر قد أخطأ في تطبيق القانون (**ثانيًا**).

أولاً -الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري :

فسر الأستاذ **العربي بلحاج** نص المادة **(49)**من قانون الأسرة بما يلي **:"...** نصا إجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث يوجب القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم بالطلاق.. "[1]، وذهب إلى القول أن "... محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريًا على القاضي القيام به.."[2]، وذهب الأستاذ **عمر زودة** إلى القول أن:" محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني"[3].

اعتبر الأستاذ **لحسين بن الشيخ آث ملويا** أن محاولة الصلح " إلزامية للقاضي وهي من النظام العام، لكون المشرع في المادة **(49)** من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذا هي إجراء جوهري، فلا بد منها قبل النطق بحكم الطلاق"[4]، وأضاف:" أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية وإن عدم القيام بها إطلاقاً يعد إخلالاً بإجراء جوهري "[5] .

---

[1] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ص357 .

[2] - المرجع نفسه ص 356 .

[3] - زودة عمر، طبيعية الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 35 .

[4] - بن شيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 197

[5] - المرجع نفسه، ص 199 و 200 .

أما الأستاذة **تشوار حميدو زكية** تقول: ".. لكن دون الإغفال عن الصلح الذي أصبح إجراء جوهريًا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية"[1]، وتضيف:" أنه من خلال ملاحظة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا... هذا الموقف يجلي بوضوح أن محاولة الصلح إجراء جوهري على القضاة إتباعه وإلا عرض قرارهم للطعن، هذه القاعدة في نظر هذا الاتجاه من النظام العام و لا يمكن للقاضي الاستغناء عنها أو تجاوزها، وبمعنى أدق أن المستفاد من هذه القرارات الحكم بالطلاق يرتكز أولا على إجراء محاولة الصلح و أن تقدير نتيجة هذه المهمة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لاجتهاد قاضي شؤون الأسرة الذي ينبغي عليه القيام بها" [2].

ويرى الأستاذ **تقية عبد الفتاح** أنه " تعد محاولة الصلح مسألة ضرورية ومهمة وجوهرية في الطلاق فقد أكد المشرع في قانون الإجراءات المدنية من خلال المادة **(439)**أن محاولة الصلح و جوبية وأنها مبدأ أساسي وجوهري في قضايا الطلاق..."[3]، كذلك الأستاذ **أحمد شامي**: "إن قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين من صميم النظام العام، على ما يتضح من الصياغة الآمرة التي استعملها المشرع طبقا لأحكام المادة **(49)**من قانون الأسرة، والتي استعملت صياغة **(لا يثبت**...)، وكذا ما أكدته المادة **(439)**امن قانون الإجراءات المدنية والإدارية"[4].

أما الأستاذة **جليلة دريسي** و **سناء الماحي**: "جدير بالذكر أن قيام المحكمة بالصلح أمر وجوبي لا نقاش فيه وهذا يحيلنا بشكل مباشر إلى أن المشرع قد اعتبر محاولة الصلح من طرف المحكمة مسألة ضرورية تتعلق بقاعدة آمرة من قواعد النظام العام التي يجب أن لا نتجاوزها "[5].

ويضيف الأستاذ **سليم سعدي** أنه:"... يحاول القاضي الإصلاح بينهما وفقا للمادة **(49)**من قانون الأسرة ، وهذه الإجراءات من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها "[1]

---

[1]-حميدو تشوار زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، **مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية** ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد10، 2010، ص 121.

[2]- حميدو تشوار زكية، المرجع نفسه، ص 130 .

[3]- تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة، الجزائر،2011، ص 153

[4]- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014، ص 100.

[5]- دريسي جليلة، سناء الماحي، مسطرة الصلح في قضاء الأسرة ، **مجلة الملف** ، عدد 14، المغرب، 2009 ، ص 229 229

وترى الأستاذة **قودري خيرة**:" أنه قبل الفصل في دعوى التطليق فإن القاضي ملزم بالقيام بإجراء الصلح بين الزوجين، و هذا الإجراء من النظام العام، حيث أكد على وجوبيته نص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي نفس السياق نصت المادة **(49)**من قانون الأسرة على إلزام القاضي بإجراء عدة محاولات صلح قبل الفصل في الطلاق و إصدار الحكم به [2] ، وذهبت إلى القول: " هذه المادة جاءت بصيغة أمر، لأن استعمال لفظ (وجوبية) من شأنه أن يلزم القاضي بالقيام بإجراء الصلح باعتباره إجراء من الإجراءات الجوهرية"[3].

وتضيف الأستاذة **بوكايس سمية**:".. مما يعني أن محاولات الصلح هو إجراء وجوبي و جوهري أقره المشرع من أجل جعل الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القاضي"[4]، وأضافت :" اشترط المشرع من خلال المادة **(49)**من قانون الأسرة أن إجراء محاولات الصلح من أجل إتمام الطلاق..."[5]، أما الأستاذ **حمليل صالح** فيرى أنه :" يعتبر إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية التي يتم القيام بها سواء تعلق الأمر بالطلاق بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج وفي حالة التطليق أو الخلع، وهذا ما نصت عليه المادة **(49)**من قانون الأسرة و إجراء الصلح إجراء وجوبي وهو من النظام العام وعدم القيام به يؤدي إلى بطلان الحكم، خلافًا لبعض قرارات المحكمة العليا التي إعتبرت الصلح إجراءا غير جوهري، إلى أن استقر الأمر على أن إجراء الصلح إجراء جوهري وهو ما تم تكريسه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية [6].

ترى الأستاذة بن **حليمة يمينة**:" المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعبر عن عرض الصلح بأنه إلتزام وجوبي يقع على عاتق المحكمة، فالمقصود بذلك تطبيق هذه المادة ليس اختياريًا

---

[1]- سعدي سليم، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، السنة الجامعية 2011، ص65 .

[2]- قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر ، السنة الجامعية2008-2009، ص191.

[3] - المرجع نفسه، ص 211

[4]- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014 ص 110و 111.

[5]- المرجع نفسه، ص 109 .

[6]- حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، **مجلة الفقه و القانون**، عدد 19، ماي 2014، ص 14 .

و إنما هو مفروض عليها، بحيث لا تلجأ إلى الفصل في النزاع قبل محاولة إنهائه صلحا أو عجزها عن ذلك ، فيتوجب أن يتبين من ملف الدعوى أن المحكمة قد أوفت والتزمت بعرض الصلح[1]، كما يرى الأستاذ **نعوم مراد** أنه : "...لا يمكن للقاضي مباشرة إجراءات الطلاق إلا بعد إجراء الصلح و إلا كانت إجراءات الطلاق باطلة فيكون محلا للطعن بالنقض ..."[2]، وترى الأستاذة **بوزيد وردة** أنه :"... إن القاضي يسعى لأن لا يكون حكمه معيبا، يستوجب الطعن فيتمسك بمحاولة الصلح كإجراء يدخل ضمن مهامه القضائية "[3]، وتضيف:"ورغم غياب نص صريح يدل على إلزام القاضي بإجراء محاولة الصلح غير أن نص المادة **(49)** من قانون الأسرة جعلت من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح مما يفهم أن المشرع يريد التأكيد على وجوب القيام بمحاولة الصلح "[4].

ثانياً - الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري:

كان قضاء المحكمة العليا مستقرًا بخصوص إجبارية محاولة الصلح عندما كان يحكمها قانون الإجراءات المدنية الملغى عند تطبيقه لنص المادة **(17)** منه[5]، فقد جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى الصادرة بتاريخ في **1968/07/03** أن" التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون "[6] .

أما بعد صدور قانون الأسرة في سنة **1984** استقر أيضا قضاء المجلس الأعلى على إلزامية محاولات الصلح، في قراره الصادر بتاريخ **1989/12/25** على أنه:" من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي...، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون...، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام

---

[1]- بن حليمة يمينة، مرجع سابق ، ص 113 .

[2]- نعوم مراد، من معوقات الممارسة القضائية، في التشريع الإجرائي الأسري، **المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية**، قسم العلوم الاقتصادية و القانونية، عدد 10، الشلف، 2013، ص 124 .

[3]- بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي السنة الجامعية 2010-2011، ص 9 .

[4]- المرجع نفسه، ص 26 .

[5] - أنظر المادة **(17)** من الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم .

[6] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، دون رقم، مؤرخ في 1968/07/03، **مجلة الأحكام لوزارة العدل** الجزء الأول دون سنة النشر، .ص 49 إلى 51.

المواد (**49**) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون و تجاوز اختصاصه..."[1]، و كذلك في القرار الصادر في 1991/06/18 أين جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون، وقد جاء تحييثها كما يلي:" بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون، خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك ولم يتعرض بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، وأن المادة 49 من قانون الأسرة تنص صراحة على أنه: "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح** ..."، إذا فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له ما يستوجب نقضه "[2]، و أيضا على نفس المنوال وحتى بعد تعديل قانون الأسرة **2005** فقد جاء في قرار صادر بتاريخ **2012/06/14** ما يلي: "**حيث و طبقاً لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة فإنها تقضي على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا، فحرر محضر عدم الصلح إثباتاً لذلك وحيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة صلح يعد مخالفاً لمقتضيات المادة (49) من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة** " [3].

بعد أن تم توضيح الاتجاه الفقهي و القضائي الذي يعتبر أن الصلح إجراء جوهري، ويعد من النظام العام. بقي لنا أن نتطرق إلى توضيح الاتجاه الفقهي والقضائي المناقض له، وهذا ما سوف نعرضه، من خلال الفرع الثاني التالي.

---

[1]- المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 57812، مؤرخ في 1989/12/25، **المجلة القضائية** عدد 03، 1991، ص 71.

[2] - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 75141، مؤرخ في 1991/06/18،**المجلة القضائية** عدد 01 1993، ص 65 وما يليها، وجاء في قرار آخر أيضا:" حيث أنه و بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (**49**) من قانون الأسرة، التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه، وإحالته على نفس المحكمة " **أنظر**:القرار الصادر عن: المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 96688، مؤرخ في 1994/1/18، **نشرة القضاة**، عدد 50،1997، ص 80 الى 84.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 687997، مؤرخ في2012/06/14، غير منشور .

الفرع الثانـي

محاولات الصلح إجراء غير جوهري

هناك من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة **(49)** من قانون الأسرة، من يعتبر أن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة، لا تعد من الإجراءات الجوهرية السابقة على الحكم بفك الرابطة الزوجية، وبالتالي لا تعد من النظام العام، هذا من ناحية الفقه **(أولاً)**و الجدير بالذكر حين الإطلاع على بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، نجدها ذهبت إلى القول أن محاولة الصلح بين الطرفين ليست من الإجراءات الجوهرية، وأنها لا تعد إلا إجراءات شكلية غير جوهرية**(ثانياً)**.

أولاً - الاتجاه الفقهي المنكر لفكرة الصلح كإجراء جوهري:

يرى الأستاذ **لمطاعي نور الدين** أن:" محاولة الصلح لا تعد من النظام العام، بل في بعض الحالات، إجراء محاولة الصلح من قبل قاضي شؤون الأسرة، يعد في حد ذاته إجراء مخالفًا للنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقاً لنص المادة **(51)** من قانون الأسرة ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين"[1].

ورأى أن محاولة الصلح تبقى دائما و أبدًا لا صلة و لا علاقة لها بالنظام العام[2]، مضيفاً:" الذي يدعم أكثر أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهري، هو أن المشرع حدد لها مدة 3 أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى أي بمعنى أخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضاء العدة المحددة والمخصصة لها وهي 3 أشهر، فلو كانت حقيقة من الإجراءات الجوهرية وتتعلق بالطلاق لما قيدها المشرع بتلك المدة بحيث يجعل المدة تدوم أطول "[3]، ويضيف "رغم الإرتباط الوثيق بين عدة الطلاق الرجعي وجلسة الصلح، خاصة عند إيقاع الزوج للطلاق بتاريخ رفع الدعوى ، فإن محاولة الصلح تبقى دائما و أبدا لا صلة ولا علاقة بالنظام العام "[4].

ويرى الأستاذ **عادل بوضياف**: "إن الصلح وجوبي بنص المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي حدود عدة محاولات للصلح يقوم بها القاضي وهو تأكيد لنص المادة **(49)**من قانون الأسرة، والوجوب في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، لا يفيد ببطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار فسيلة، الجزائر، 2009 ص 141.

[2] - المرجع نفسه، ص 126 .

[3] - المرجع نفسه، ص 130 و 132 .

[4] المرجع نفسه، ص 126 .

الصلح، ولا يظهر جليا و إن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي...، ولأن الصلح في حد ذاته محاولة تقريب وجهتي النظر و إصلاح بين الطرفين و ليس لترتيب الحقوق"[1].

وذهب الأستاذ **الأنور عبد الرحيم** إلى القول:" ولقد قضى المجلس الأعلى بأن عدم القيام بمحاولة الصلح ليس من النظام العام ، وأنه يمكن تغطية هذه المحاولة ،بالتصدي للموضوع" [2].

كما يرى الأستاذ **زيدان عبد النور**:" ...بعد أن كان الموقف لدى المحكمة العليا مستقر على إلزامية محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق، نجد بعض القرارات التي تفيد عكس هذا تماما وتؤكد على أن محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري، الغاية منه الوعظ دون غيره، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي و لا يترتب على مخالفته بطلان ونقض العمل القضائي المترتب مخالفة له "[3].

وذهب إلى حد القول : " نجد في موقف المحكمة العليا بعض التبرير، لأنه إن اعتبرنا محاولة الصلح من النظام العام ورتبنا البطلان للحكم القاضي بالطلاق الذي لم تراع فيه جلسة الصلح، فكيف ستكون نتائج إبطال هذا الحكم ؟، وكيف يتصور إرجاع المطلقين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الحكم؟"[4]، ويلاحظ أنه وبخصوص بعض الحالات تصبح محاولة الصلح في دعاوى الطلاق غير ذات أهمية أو غير ضرورية فتصبح إجراء غير جوهري بالنظر لوقائع بعض هذه الحالات، التي من بينها كما قال **الأستاذ عبد العزيز سعد** حالة ما إذا اتفق الزوجان على الطلاق بينهما وكل ما يتعلق بذلك، وحالة ما إذا أعلن أحد الزوجين بشكل صريح رفضه المطلق لمبدأ الصلح[5]، كما تعتبر محاولة الصلح عديمة الفائدة عندما تتمسك الزوجة بالتطليق لغيبة الزوج عنها مدة طويلة بلا عذر ولا نفقة ولا يدرى أين هو أصلاً [6].

ثانياً - الاتجاه القضائي المنكر لفكرة الصلح كإجراء جوهري :

---

[1]- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص 444 .

[2]- الأنوار عبد الرحيم، نظام الطلاق في الجزائر، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر السنة الجامعية 1975-1976، ص81.

[3]- زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص118 .

[4] - المرجع نفسه، ص119 .

[5] سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية دار البعث للطباعة والنشر قسنطينة الجزائر، 1989، ص 384 .

[6]- زيدان عبد النور، المرجع نفسه، ص119.

كانت المحكمة العليا تقضي في قراراتها برفض الطعن بالنقض في الأحكام المثبتة للطلاق، إذ لم يقم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين غير أنه في قرارات أخرى حذت منهجا مغايرًا بأن اعتبرت محاولة الصلح ليست إجراء جوهريا ومن بين تلك القرارات في هذا الشأن نجد هذا القرار الذي قضى بما يلي" **إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق، ليست من الإجراءات الجوهرية وإن لفظ الطلاق و التطليق تصدر دائما نهائية** "[1] .

وتبعاً لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ **1985/06/03** بأن محاولة الصلح جوازية [2] حيث وردت في أسبابه ما يلي:" فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن: أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول ومن ورائه المجلس القضائي بمحاولة الصلح بين الزوجين واعتبرت ذلك من مبطلات الحكم ومن مخالفة القواعد الجوهرية من جانب المجلس، دون أن تستدل بنص قانوني يوجبه .وعليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاذه، ولا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيا، لهم فعله أو تركه، وأن المادة **(17)** من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالصلح، جاء النص فيها عامًا وجاء جوا زًيا، ولا يستثني أي دعوى، فالمادة تقول: " يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت، ومن ثم فالقاضي له الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن له ذلك، ويتركه إن تعذر عليه الأمر و لا يأخذ عليه إن هو تركه... ".

وأكدت أيضا في قرار أخر لها (غرفة الأحوال الشخصية لدى المجلس الأعلى) بأن" **محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية ...**"[3].

وورد كذلك في قرار آخر والذي قضى بما يلي:" **إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهريًا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة (49) من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة "[4]. كما جاء**

---

[1]- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، مؤرخ في 1985/06/03، <u>**المجلة القضائية**</u>، عدد 02 1990، ص 40

[2]- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، مؤرخ في 1988/07/18، <u>**المجلة القضائية**</u>، عدد 02 1990، ص65 و ما بعدها .

[3] - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 200198، مؤرخ في 1998/07/21، <u>**نشرة القضاة**</u> ، عدد 56 2000، ص 40.

[4]- بالمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم174132، مؤرخ في 1997/10/23، <u>**نشرة القضاة**</u>، عدد 55 1999، ص 179ومابعدها.

في قرار آخر لها والذي قضى بما يلي:" إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات، يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة (49) من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر".

حتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة **2005**، استمرت المحكمة العليا باعتبار الصلح إجراء غير جوهري وهو ما تضمنه قرار صادر أن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ **2007/06/13** والذي قضى بما يأتي:" **لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهرياً للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة (49) من قانون الأسرة هي إلا موعظة ..**"[1].وفي قرار أخر قضت بمايلي: " **لكن حيث إن الطاعن لم يبين مصلحته في إثارة تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة وعدم حضوره جلسة الصلح مع المطعون ضدها لتغيبهما ،ما دام أنه هو كان مدعيا وطالب بالطلاق وتحميل المطعون ضدها مسؤولية ذلك ، ولم يقدم مايثبت تراجع عن طلب الطلاق ، وبالتالي فإن المحكمة لم تخالف أحكام المادة 49 المذكورة عندما عقدت عدة جلسات لإجراء محاولات الصلح والتي لم تتم بسبب تغيب الطرفين .وعليه فإن الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه و يرفض الطعن."[2].**

وأمام هاذين الاتجاهين المنكر و المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري برز منذ صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية موقف يحاول حسم الأمر وإزالة الإشكال، بحيث يعتبر أن نص المادة **(439)** من هذا القانون هو المعيار الفاصل، بأن جعلها إجراء وجوبي. وفي هذا الشأن فسرت الأستاذة **قودري خيرة** : أن جلسات الصلح وجوبية بقولها : " أبانت الممارسة العملية في ظل المادة القديمة بأنه كان يعتريها بعض القصور بحيث أن محاولة الصلح كانت تعد إجراء شكليا تقوم به المحكمة تارة، وتغفل عنه تارة أخرى ويظهر ذلك من خلال قراراتها غير المستقر فيها، ولكن بمجرد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي أزال التناقض الذي وقع فيه القضاة وأصبحت الأحكام موحدة وهذا بناءا على

[1]- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 356657، مؤرخ في 2007/06/13 ، غير منشور .

[2]- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، رقم الملف 0597294 بتاريخ 12/09/ قرار غير منشور 2010.

المادة (**439**) منه التي نصت بقولها "**محاولات الصلح وجوبية** " هذه المادة جاءت بصيغة أمر، لأن استعمال لفظ " **وجوبية**" من شأنه أن يلزم القاضي بالقيام بإجراء الصلح[1].

وفي السياق ذاته، ذهبت الأستاذة **أمينة بن جناحي** إلى القول: "...كما أن التعديل الأخير لقانون الأسرة لسنة **2005** لم يتعرض بصورة مباشرة لإلزامية محاولات الصلح في الطلاق، فمن خلال النص يتضح أن المشرع لم يأت بجديد بخصوص مدى إلزامية محاولة الصلح في مواد الطلاق، غير أن المشرع تدارك هذا العيب، وذلك من خلال نص المادة (**439**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و بذلك وجب إعمال هذا النص و القول بوجوبية وإلزامية إجراء الصلح" [2].فرغم تعديل نص المادة (**49**) من قانون الأسرة، بموجب الأمر رقم **02/05** إلا أنه لم يزل اللبس والغموض حول إلزامية الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، لذلك لا يزال النقاش مطروح لدى القانونين بين من اعتبره إجراء غير جوهري وإجراء جوهري، إلا أنه بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أزال هذا الغموض و لم تعد مسألة إلزامية محاولات الصلح تثير أي جدل اذ نصت المادة 439 منه "محاولات الصلح وجوبية "[3]، لكن يطرح تساؤل هنا عن الوضع الذي كان سائد فيما يخص الصلح قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهل تغير الوضع بعد صدوره؟.

في حقيقة الأمر لم يتغير أي شيء بخصوص إجراء الصلح سواء في ظل قانون الأسرة لسنة **1984** أو عند تعديله سنة **2005**، أو في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، أو حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بحيث لاقت المادة (**49**) من قانون الأسرة نقاشًا حادًا و تضاربًا صارخاً وهذا راجع إلى سوء فهم و تفسير القانون، في حين لا يوجد أي إشكال حول اعتبار محاولة الصلح إجراء جوهري أو غير جوهري، فالمادة السالفة الذكر تتكلم عن محاولة الصلح التي كانت موجودة منذ سنة **1984** وحتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة **2005**؛ لكن كل ما في الأمر أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تنص على الصلح المفرد أي الذي يقتصر على محاولة صلح واحدة، والجديد الذي أتى به تعديل **2005** هو زيادة عدد محاولات الصلح، للحفاظ على الأسرة حسب ما جاء في عرض الأسباب

---

[1]- قويدري خيرة ، مرجع سابق، ص 211.

[2]- بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس، 2014/05/21.ص 110 .

[3]- دلهوم نجوى، محاولة الصلح في دعاوى الطلاق إجراءاتها ومدى ارتباطها بالقواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 19، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2008 - 2011، ص 3.

مشروع قانون الأسرة، حيث آنذاك كان هناك برلماني طالب من الحكومة إضافة كلمة " **وجوبا** " بعد عبارة "**من طرف القاضي**" وهذا قصد إلزام القاضي بالقيام بإجراء الصلح حتى لا يفوت فرصة الرجوع الزوجين[1].

فالمشرع في المادة **(49)** يخاطب القاضي لا المتقاضين، بحيث جاء النص على ما يلي:"***...بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي..***"، وبالتالي المشرع فرض على القاضي استيفاء هذا الإجراء على أن لا يتجاوز ذلك ثلاثة**(03)** أشهر الذي هو ميعاد خاص بإجراء محاولات الصلح، و يبدأ من تاريخ رفع الدعوى، لكن لم يرتب المشرع جزاء على مخالفة القاضي لهذا الإجراء، وهذا ما نستشفه من خلال نصي المادتين **(49)** من قانون الأسرة و**(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي خصهما المشرع بذكر و جوبية الصلح و لم يرتب على عدم مراعاة أحكامهما البطلان.

اعتمد المشرع الصلح كإجراء وجوبي في نص المادة **(49)** منذ سنة **1984** وحتى بعد التعديل سنة **2005**، و هو ذات الموقف الذي تبناه المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الشق المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة من خلال نص المادة **(439)** منه، بأن أقر وجوبية محاولات الصلح؛ فالمشرع و ضع قاعدة عامة مفادها أن القاضي واجب عليه القيام بإجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين في كلا النصين سواء النص الموضوعي أو الإجرائي فجاء ذكر محاولات الصلح في شكل قاعدة آمرة لكن لم يقرنها المشرع بجزاء، لأنه بالرجوع إلى فقه القواعد القانونية نجد نوعين من القواعد القانونية؛ القواعد المكملة و القواعد الآمرة و هذه الأخيرة تنقسم إلى نوعين؛ قاعدة آمرة تتضمن جزاء عند عدم مراعاتها، و قاعدة آمرة لا تتضمن جزاء على عدم مراعاة أحكامها. و لنا أن نتساءل لماذا المشرع في أحد القواعد الآمرة يعطي الجزاء في أمر ما، و أحيانا لا يرتب جزاء. فهذا له دلالة قاطعة على أنه في حالة عدم العمل بذلك المقتضى فلا أثر يترتب عليه، فلا يمكن أن يفسر النص أكثر مما يحتمل ومادام المشرع يقول: على القاضي إجراء الصلح و لكن لم يرتب جزاء على تخلف هذا الإجراء فهذا دليل يجعل من الصلح إجراء غير جوهريا.

تجدر الإشارة إلى أن من يقول أن الصلح إجراء جوازي قبل صدور قانون الأسرة لسنة **1984** على أساس عدم وجود نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق أو التطليق، ولكن بعد هذا التاريخ أصبح الصلح إجراء جوهريا ومن النظام العام، ويجوز لطرفي الدعوى إثارته و لو للمرة الأولى

[1] - **أنظر:** ملحق محضر الجلسة، المنعقد يوم الأحد 22 أفريل 1984، بمقر المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، الصادر في 2 شعبان 1404 هـ، الموافق ل 3 ماي 1984 السنة الثالثة ، عدد 47، ص 16.

أمام المحكمة العليا كون أن المادة (**49**) لم تجعل إجراء محاولة الصلح جوازًيا[1]، وأن قانون الأسرة قد علق الطلاق بالصلح واعتبر أن الصلح هو من أجل العدول، و أنه إذا لم يوجد الصلح فالطلاق باطل ولا أساس له من الصحة.

لا يصح هذا التفسير في قانون الأسرة، كما و أنه يمس بمبادئ الشريعة الإسلامية و كذا خرق للنصوص القانونية، لأن من يعتبر أن الصلح إجراء جوهري اختلط عليه الأمر حيث أقرن ذلك بالمصالحة المنصوص عليها في قانون العمل، أي لا بد أن تكون هناك مصالحة بين الزوجين أولاً، فإذا وقعت المصالحة لا يحرر محضر عدم الصلح و بالتالي لا توجد فكرة الطلاق(و بما فيه الطلاق الرجعي الواقع)، أما إذا أجريت المصالحة و لم يفلح القاضي في ذلك، فالنتيجة الحتمية أن يأتي بعدها الطلاق أي لا بد من وجود الصلح كإجراء سابق و أولي والذي ينتهي إلى الفشل، ثم التطرق إلى الطلاق فيصبح الصلح قيدًا على الطلاق مثلما هو الحال عليه في المصالحة، التي هي قيد على رفع الدعوى في القضاء الاجتماعي، و هذا أمر لم تأت به لا الشريعة الإسلامية و لا قانون الأسرة

فيكمن دور القاضي في هذه الحالة من التأكد هل إعمال قاعدة قانونية أو عدم إعمالها يعرقل حسن سير العدالة، فهنا بالتأكيد أن القاضي سوف يفصل واقعة الطلاق عن إجراء الصلح و يخلص إلى القول أن الصلح مرحلة لا علاقة لها بالطلاق الذي يفترض في غالب الأحيان وقوعه .

يمكن للقاضي أن لا يجري الصلح أصلاً؛ و لاسيما إذا تأكد أن أحكام المادة (**51**) من قانون الأسرة قائمة فإجراء الصلح بين امرأة و رجل طلقها ثلاث مرات متباعدة ومتتالية مخالف للنظام العام، ومخالف للشريعة الإسلامية و كذلك لقانون الأسرة، إذ لا يمكن للرجل أن يراجع المرأة المطلقة ثلاثا، فهي أجنبية عليه، فإجراء الصلح فيه مساس للنظام العام و لأحكام قطعية من القرآن الكريم وخرق لأحكام المواد (**49**) و (**51**) و من قانون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية. من يقول أن الصلح إجراء جوهري هو قول من لا يعترف بطلاق الزوج، وإنما يؤمن فقط بطلاق القاضي وأن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة و أن طلاق الزوج هو لغو حسب اعتقادهم، ومرد هذا الاعتقاد عدم التفرقة بين الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته عندما يمارس حقه الإرادي المقرر له شرعا و قانونا والتفريق القضائي؛ كون الأول يقع رجعًيا ما لم يكمل ثلاث طلقات، أما الآخر فيقع بائنا دائما.

عقبت الأستاذة **بوزيد وردة** على أنه لا يوجد سبب لإغفال القاضي قيامه بمحاولة الصلح قبل الحكم في دعوى الطلاق سوى خطئه في تطبيق القانون لأنه اعتد بعلمه الشخصي و استبعد إجراء

[1]- بن شيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 198 و201.

وجوبي، وسبب هذا الخطأ ربما يعود لغياب نصوص تنظم عملية الصلح و إجرائاته وهو ما استدركه قانون الأسرة لاحقا[1]، فعدم القيام بإجراء الصلح ربما هو من قبيل الخطأ يتحمله القاضي لا الزوجان[2]، لأنه و فرضا لو إعتبرنا أن الصلح إجراء جوهري معناه أنه علقنا الطلاق الذي هو مسألة موضوعية على استيفاء إجراء ونكون حملنا الزوجان خطأ لم يتسببا في حدوثه.

فالصلح أمر مندوب إليه مصداقًا لقوله تعالى: { **وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**}[3].فالصلح أمر إيجابي لما يجريه القاضي و لكن إذا لم يقم به لسهوه عنه،لا نعالج الخطأ بخطأ أكبر عندما نقرر بطلان ونقض حكم الطلاق ونعلق الحكم على إجراء لم يتم إجرائه، فالصلح يتعلق بمرحلة ما بعد وقوع الطلاق وإجراء الصلح لا يرتبط ولا يتعلق به، فنص المادة **(49)** من قانون الأسرة ليست نص إجرائي يتعلق بإجراءات الطلاق، لأن هذا الأخير وقع بقوة الشرع و القانون، و لا يحتاج إلى إجراء الصلح لإيقاع الطلاق، فنص المادة **(48)** من قانون الأسرة لم يعلق الطلاق على أي قيد أو شرط. وكل ما في الأمر أن الزوج مطالب بالتقدم إلى القضاء برفعه دعوى لإثبات ذلك المركز القانوني الذي أوجده بإرادته المنفردة قصد الحصول على حكم قضائي يثبت ذلك، وما إجراء الصلح إلا من أجل السعي الحثيث لإقناع الزوجين بضرورة مواصلة الحياة الزوجية.

بعد أن تم توضيح الأمر فيما يخص الإجراء المتعلق بمحاولات الصلح، و الخروج بنتيجة مفادها أن محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهري. يبقى تساؤل يراود الأذهان مفاده: ما هو الأثر الذي يترتب على تخلف إجراء الصلح في دعاوى فك الربطة الزوجية؟ هل يؤثر على صحة الحكم القضائي المثبت لفك الرابطة الزوجية أم لا؟و هل يلحقه البطلان الإجرائي إذا لم يجري القاضي محاولات الصلح؟ هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه، من خلال المطلب الثاني التالي.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح

تبعاً للاختلاف الفقهي و القضائي اللذان أوجد قراءتين للنص في مسألة مدى اعتبار جلسة الصلح من النظام العام بين من يرى أن إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية وبالتالي يعتبرون محاولات الصلح من النظام العام و يرتبون على إغفاله أو عدم قيام القاضي به بطلان العمل القضائي، ومنه بطلان حكم

---

[1] - بوزيد وردة ، مرجع سابق، ص 28 .

[2] - ممكن عدم قيام القاضي بإجراء الصلح يعرضه إلى مسألة تأديبية من قبل مفتشية القضاء من الوزارة .

[3] - سورة النساء، الآية 127.

الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي(**الفرع الأول**)، و بين من يرى خلاف ذلك بأن محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهري و لا يؤثر تخلفها إطلاقا على صحة الحكم القضائي(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

بطلان الحكم القضائي

حسب أنصار المؤيدين لفكرة اعتبار الصلح إجراء جوهريا فإن محاولة الصلح تعد إجراء لصيق بالنظام العام، ويترتب على إغفاله النقض و بطلان الحكم القضائي و هو ما سوف نعالجه من الجانب الفقهي(**أولاً**) و القضائي(**ثانياً**).

أولاً - من حيث موقف الفقه:

يرى الأستاذ **بلحاج العربي**:"لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وإن محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق. وإذا لم يتم هذا الإجراء، فإن الحكم الصادر يكون باطلا "[1]، وانتهى إلى القول: "سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه"[2] ويرى الأستاذ **عمر زودة**: "إن محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني، ويترتب على تخلفها بطلان هذا العمل"[3].

ويرى الأستاذ **لحسين بن الشيخ آث ملويا** أيضاً :"إن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية، والتي يترتب على إغفالها بطلان الحكم"، و يضيف الأستاذ **عبد العزيز سعد**: " إذا دخل القاضي مباشرة إلى مناقشة الموضوع و سمع مرافعات الزوجين في جلسة رسمية من جلسات المحكمة دون أن يكون قد مر بمرحلة محاولة الصلح ثم حكم بالطلاق، فإننا نعتقد أن حكمه سيكون معيب ومخالفاً للقانون و يحتم نقضه ".

أما الأستاذة **تشوار حميدو زكية** فترى" ... لكن دون الإغفال عن الصلح الذي أصبح إجراءا جوهريا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية "[4].و أضافت: "أن محاولة الصلح إجراء جوهري على القضاة إتباعها وإلا عرضوا قرارهم للطعن"[5]. ويرى الأستاذ **سليم سعدي**: "فيحاول القاضي الإصلاح بينهما وفقا للمادة **(49)** وهذه الإجراءات من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإذا لم تحترم كان الحكم

[1] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص357 .

[2] - المرجع نفسه، ص 357 .

[3] -زودة عمر، طبيعة، الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق ،ص 35 .

[4] - حميدو تشوار زكية، مرجع سابق، ص 121 .

[5] - المرجع نفسه، ص 130

الصادر بالطلاق عرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا على أساس الخطأ في تطبيق القانون"[1]، أما الأستاذ **حمليل صالح** : " يعتبر إجراء الصلح إجراء وجوبي وهو من النظام العام وعدم القيام به يؤدي إلى بطلان الحكم[2]".

ترى الأستاذة **العربي وردية**: "...ومن هذا المنطلق فإن البحث في مسألة مدى إلزامية إجراء الصلح وتعلقه بالنظام العام، و أثره على الإجراءات القضائية بالنسبة للقاضي أو المتقاضين وذلك للتعرف على الإجراءات الجوهرية التي يجب على القاضي أو الطرفين احترامها، باعتبارها قواعد آمرة، والتي رتب المشرع عليها البطلان على مخالفتها" [3].

ثانياً - من حيث موقف القضاء:

يستخلص من قرارات المحكمة العليا ،أن الصلح إجراء أوجبه القانون، ويعد من النظام العام وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له،الأمر الذي يستوجب نقضه كما هو ثابت من خلال القرارات الآتية:

جاء في قرار صادر بتاريخ**07/03/ 1968** عن المجلس الأعلى سابقا بأن:" **التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون "[4]، و جاء في قرار آخر قضى بما يلي:" حيث أنه و بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (49) من قانون الأسرة، التي تتطلب إتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة..."[5].**

---

[1] - سعدي سليم، مرجع سابق، ص65 .

[2] - حمليل صالح، مرجع سابق، ص 14 .

[3] - العربي وردية، النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010، ص 8 .

أنظر أيضا:- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، دون رقم ، مؤرخ في 1968/07/03، **مجلة الأحكام**، وزارة العدل المجموعة 1، الجزء 1، دون سنة النشر، ص 49 إلى 51.

[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم96688، مؤرخ في 1994/01/18، **بنشرة القضاة**، عدد 50 1997، ص 80

[5]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 75141، مؤرخ في 1991/06/18، **المجلة القضائية**، عدد 01 1993، ص 65 وما بعدها.

وجاء في أحد قرارات المحكمة العليا والذي قضى بما يلي:" **بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن يتجلى بأنه جاء مخالفًا للقانون، خصوصًا المادة (49) من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له الأمر الذي يستوجب نقضه"[1]، وجاء أيضًا قرار لها الصادر بتاريخ 2012/06/14 ما يأتي"...وحيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة (49) من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة".**

وورد أيضًا في القرار الصادر بتاريخ **2013/02/14: "حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه و محضر عدم الصلح في تاريخ 2009/09/19 أن المطعون ضدها - بصفتها مدعية وطالبة التطليق- لم تحضر جلسة الصلح[2]، ومع ذلك استجابت المحكمة لدعواها الرامية إلى التطليق و حيث أن المحكمة العليا -غرفة شؤون الأسرة و المواريث- قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة محاولة الصلح.**

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجز عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني، ومادام أن المطعون ضدها لم تحضر جلسة الصلح، مما يتعين أن يكون نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة طبقا لنص المادة (365) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية."

الفرع الثاني

صحة الحكم القضائي

إن المؤيدين لفكرة أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهرياً، وبالتالي فهي لا تعد إجراء لصيق بالنظام العام، و لا يترتب على إغفاله النقض و بطلان الحكم القضائي و إنما الحكم يكون صحيح، ولا يتأثر بإجراء أو عدم إجرائها، و هو ما سوف نعالجه من خلال موقف الفقه**(أولاً)**، وكذا موقف القضاء**(ثانياً)**.

---

1 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم687997، مؤرخ في 2012/06/14، غير منشور.

2 -

أولاً - من حيث موقف الفقه:

يرى الأستاذ **لمطاعي**: " إن محاولة الصلح في حقيقة الأمر ليست إجراء جوهري من شأنه المساس أو التأثير على الحكم القضائي المثبت للطلاق، لأن الهدف المتوخى من إجراء محاولة الصلح هو تقديم النصح، و الإرشاد والموعظة الحسنة للزوج حتى يتمكن هذا الأخير من الوصول إلى المبتغى و الهدف المنشود، ألا وهو الوصول إلى إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على العلاقة الزوجية واستعمال حق الرجعة لا غير، وذلك لا يتأتى إلا في حالة تطابق مدة عدة الطلاق الرجعي مع مدة الصلح، وأن الهدف من إجراء الصلح ليس إقناع الزوج عن العدول عن الطلاق، كما ذهب البعض إذ لا يستطيع أن يعدل الزوج عن الطلاق لأنه وقع وانتهى الأمر، و إنما لأجل مواصلة واستمرار الحياة الزوجية طالما وأن عدة الطلاق الرجعي لم تنقضي بعد.

الشيء الذي يدعم أكثر بأن محاولة الصلح ليست إجراء جوهري، هو أن المشرع حدد لها مدة ثلاثة **(03)**أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى أي بمعنى أخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضاء هذه المدة ، فلو كان حقيقة من إجراء جوهري لما قيده المشرع بالمدة بحيث يجعل المدة تدوم أطول.[1]

يتعلق الصلح بمرحلة ما بعد وقوع الطلاق، أين يكون السعي حثيثا لإقناع الزوج على مواصلة الحياة الزوجية، ولا يتعلق لا مطلقا بالطلاق[2]و في حقيقة الأمر، إن إجراء محاولة الصلح قبل تثبيت الطلاق بموجب حكم قضائي[3]، لا يعد من إجراءات الطلاق.[4]

يضيف الأستاذ لمطاعي ويقول:" أن من يدعي أن الحكم المثبت للطلاق يترتب عليه البطلان في حالة تخلف إجراء محاولة الصلح، هو في حقيقة الأمر قول من لا يعترف بالطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة الذي نص عليه المشرع في المادة **(48)** من القانون نفسه، وإنما يعترف فقط بالطلاق الذي ينطق به القاضي وخلص إلى:" أن إصدار أحكام قضائية تتضمن رفض دعوى إثبات الطلاق لعدم إجراء محاولة الصلح، يعد في حقيقة الأمر خرق لكل من أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، إذ لا علاقة

---

[1]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 130 و 132 .

[2] - المرجع نفسه ، ص 145 .

[3]- يتضح جليا أن الحكم الذي يثبت فيه الطلاق لا علاقة له بمحاولة الصلح، إذ أن الحكم أثبت فقط واقعة الطلاق وكشف عنها و لا دخل له في إيقاع الطلاق من عدمه، لأن الطلاق سبق و أن أوقعه الزوج بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة **(48)**من قانون الأسرة .

[4]- لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص 138 .

بين الطلاق الحاصل و محاولة الصلح، بل من واجب القاضي إثبات الطلاق ليسجل في الحالة المدنية ويحتسب من عدد الطلقات [1].

وذهب الأستاذ **زيدان عبد النور** إلى اعتبار:"أن محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري، الغاية منه الوعظ دون غيره، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي و لا يترتب على مخالفته بطلان ونقض العمل القضائي المترتب مخالفة له " [2]، في حين يرى الأستاذ **عادل بوضياف**:" إن الصلح وجوبي بنص المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حدود عدة محاولات للصلح يقوم بها القاضي، وهو تأكيد لنص المادة **(49)** من قانون الأسرة والوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يفيد ببطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح نظرًا، لأن البطلان في هذا القانون له ضوابط فاصلة، و شروط إبطال العمل الإجرائي قد تكون متعلقة بإجراء من النظام العام أو بمصلحة الخصم التي قد تتضرر في حالة تخلف هذا الإجراء إلى غيرها من المعايير التي قدمها الفقه و التشريع لإبطال أي عمل إجرائي، ولا بطلان بدون نص قانوني أو انعدام الضرر وعلى هذا الأساس فلا يمكن إبطال العمل المتخذ عند عدم القيام بالصلح "، ويرى أنه بالرجوع إلى نصي المواد 49 و 439 السالفتي الذكر، لا يظهر جليا و أن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي، وخلص إلى القول:" أن الصلح في حد ذاته محاولة تقريب وجهتي النظر و إصلاح بين الطرفين و ليس لترتيب الحقوق و تمييز طرف عن طرف أو إضرار بطرف على حساب الطرف الآخر، و تبعا لذلك يكون الصلح حسب رأيه إجراء و جوبي لا يترتب على تخلفه بطلان العمل الإجرائي أو الحكم القضائي"[3]

ثانياً - من حيث موقف القضاء:

لقد قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ **1985/06/03** :"**بأن محاولة الصلح جوازية حيث وردت في أسبابه ما يلي:" فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن :أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول ومن ورائه المجلس القضائي بمحاولة الصلح بين الزوجين و اعتبرت ذلك من مبطلات الحكم ومن مخالفة القواعد الجوهرية من جانب المجلس دون أن تستدل بنص قانوني يوجبه وعليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاذه ، و لا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيا، لهم فعله أو تركه "**[4].

---

[1] المرجع نفسه، ص 140 .

[2] - زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص118 .

[3] - بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 444.

[4] - بن الشيخ اث ملويا لحسين، المنتقى في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 197و 198 .

وجاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ **1997/11/23** ما يلي:"**إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات، يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة (49) من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة(03) أشهر**"[1].

كما ورد في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ **1998/07/21** ما يلي:" **أن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق، ليست من الإجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق و التطليق تصدر دائماً نهائية**"[2].

جاء أيضًا في قرار آخر لها صادر بتاريخ **1999/02/16** ما يلي:" **إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهري للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة (49) من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس** "[3].

وأضافت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ **1999/11/17** ما يلي:"**وكان ردًا على الأوجه المثارة عن الفرع الثالث المأخوذ من مخالفة المادة (49) من قانون الأسرة بدعوى أن قضاة الموضوع لم يقوموا بإجراء الصلح. لكن وحيث أن القرار المنتقد قد نص على أن الطاعن قد تخلف عن الحضور خصوصا و أن إجراءات الصلح المنصوص عليها بالمادة المشار إليها تخص المحاكم دون المجالس وعليه الفرع غير مؤسس** "[4].

حتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 الذي إعتبر أن الصلح إجراء غير جوهري بموجب قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ **2007/06/13** والذي قضى بما يأتي " **لكن حيث أن المادة (49) من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط، إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهرياً للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكور بالمادة (49) من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة، مما يجعل الوجه غير مؤسس يتعين معه رفض الطعن.**"[5] وفي قرار أخر قضت بمايلي: "**لكن متى تم القضاء بالطلاق ، فذلك لا يعني أن القاضي لم يستدعي الطرفين لإجراء**

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 174132، مؤرخ في 1997/11/23، نشرة القضاة، عدد 56، 1999، ص 40.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 200198، مؤرخ في 1998/07/21، نشرة القضاة، عدد 55 1999، ص 179 .

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216850، مؤرخ في 1999/02/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 103وما بعدها.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 210451، مؤرخ في 1999/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص،2001، ص 253 و 254.

[5]- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 356657، مؤرخ في 2007/06/13، غير منشور .

محاولة الصلح ، ذلك أن كل طلاق يسبقه محاولة صلح طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة و بالتالي فالقاضي لا يقضي بالطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح ، والتي بالضرورة يقوم باستدعاء الطرفين لجلسة الصلح ،وحيث أن سهو القاضي بعدم ذكره في حيثيات الحكم قيامه بإجراء محاولة الصلح ،فذلك لا يعني أنه لم يقم بإجراء محاولة الصلح وإنما هو مجرد سهو ليس إلا. و الذي لا تأثير له على سلامة الحكم المنتقد ، مما يتعين رفض الوجه لعدم جديته و تبعا لذلك رفض الطعن."[1].

وفي قرار أخر قضت على نفس النحو بمايلي:" " **حيث أنه عكس ما تدعيه الطاعنة فالحكم قد نص على أن المحكمة سعت للصلح بين الطرفين وأنها لم تتمكن من تحقيق ذلك بسبب غياب الأطراف على الجلسة و بالتالي فهذا الوجه هو الآخر غير قائم على أساس شرعي الأمر الذي يستوجب رفضه وحيث أنه من الثابت قانونا أن الإجراء المنصوص عليه في المادة 49 من قانون الأسرة فهو إجراء جوهري وله صلة بالنظام العام ،لكن المحكمة قد أشارت في حيثياتها أنها اقامت باستدعاء الطرفين لإجراء محاولة صلح إلا انها لم تتمكن من ذلك لسبب غياب الأطراف وعليه فقاضي أول درجة لما قضى بالصورة المذكورة أعلاه يكون بذلك علل حكمه تعليلا كافيا ومقبولا الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن لعدم قيامه على سند قانوني "[2]**

مما تقدم نستخلص أن المشكل لا يزال مطروح على المستوى الفقهي بين من يؤمن ببطلان الحكم القضائي (لا بل يكون معيبا و مخالفا للقانون ويتحتم نقضه) عند تخلف إجراء محاولات الصلح، وبين من ينفي ذلك (و هو الراجح) إذ القول بالبطلان يعد خرقاً لكل من أحكام الشريعة الإسلامية، كما و ليس له أساس قانوني، لأن المشرع لم يشترط من خلال المادة **(49)** من قانون الأسرة إجراء محاولات الصلح من أجل إتمام الطلاق، لأن إذا تلفظ الزوج بالطلاق أصبح مركز موجود، ثم يأتي الحكم القضائي لإثبات ذلك المركز الذي أوقعه الزوج، فالطلاق ليس معلق على أي شيء حسب المادة **(49)**من قانون الأسرة [3].

وهنا نجد أن سوء فهم النصوص القانونية خلق في المسألة الواحدة تناقضا بين من يعتبر الصلح إجراء جوهري و بين من يعتبره إجراء غير جوهري من جهة و بين من يعتقد أنه بصدور قانون الإجراءات

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية رقم الملف 3777368 بتاريخ 2007/02/14 قرار غير منشور.

[2]- المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ،ملف رقم 381426 بتاريخ 2007/02/14 قرار غير منشور.

[3]- فالطلاق يدخل في حساب عدد الطلقات، والصلح ليس عدولا وانما من أجل المراجعة إما بعقد جديد أو بدونه حسب أحوال كل قضية .

المدنية والإدارية زال الغموض و لم تعد مسألة إلزامية الصلح تثير أي جدل بحيث تضمنت المادة **(439)** الجواب بأن اعتبرت محاولات الصلح و جوبية من جهة أخرى.

وفي الحقيقة وجوبية هذا الإجراء واضحة من خلال عدة محاولات يجريها القاضي تطبيقاً لنص المادة **(49)** من قانون الأسرة، وهو ما تؤكده المادة **(439)** بنصها على ما يلي : " **محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية** " [1]، غير أنه يلاحظ غياب صيغة الإلزام في نص المادة **(49)** من قانون الأسرة، وكذا النص المعدل لها[2]، أو حتى نص المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي لا تتضمن جزاء على عدم مراعاتها، فلم يقيد المشرع النصين تحت طائلة البطلان.

نلاحظ غياب نص صريح يدل على إلزام القاضي بإجراء محاولة الصلح، إذ يكفي القول بأن نص المادة **(49)** من قانون الأسرة، جعلت من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح إثرى تعديلها، مما يفهم أن المشرع يريد تأكيد على وجوب القيام بمحاولة الصلح، غير أن الأمر لا يرقى إلى درجة الإجراء الجوهري الذي يمس بالنظام العام .

نجد تأكيدًا من المشرع أن المقصود بعدة محاولات الصلح، إنما هو الوجوب، و جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في مادته **(439)**على اعتبار أن محاولات الصلح وجوبية [3]، ليكرس نص المادة **(49)** من قانون الأسرة ، فكلمة وجوبية الغرض منها تمكين القاضي من إجراء الصلح و لا يتملص على أساس أنه لا يوجد نص أو لا يوجد ما يفرض عليه القيام بإجرائه[4].

فالصلح وجوبي بنص المادة **(439)** في حدود عدة محاولات يقوم بها القاضي ، لكن المشرع لم يرتب جزاء على عدم القيام بها، في حين يذهب السواد الأعظم من القانونين عن خطأ، إلى أن تخلف إجراء محاولات الصلح ، تؤثر على صحة الحكم.

هذا الكلام لا يصح، لأنه في حقيقة الأمر مرد كل هذا راجع إلى عدم التفرقة بين القواعد القانونية كما قلنا سابقاً، و بالتالي مفتاح الجواب على هذا الخلاف يكمن في معرفة متى تكون القاعدة القانونية ملزمة، ومتى لا تتضمن جزاء يوقع عند مخالفتها وسواء كانت القاعدة الآمرة قاعدة موضوعية أو قاعدة إجرائية.

---

[1] - بوكايس سمية، مرجع سابق، ص 109.

[2] - بوزيد وردة، مرجع سابق، ص 24.

[3] - المرجع نفسه، ص 26.

[4] - لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير(فرع قانون الأسرة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 الجزائر، السنة الجامعية 2012_2013.

تعتبر كلا من المادتين **(49)** من قانون الأسرة و المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هما قاعدتان آمرتين كونهما تتضمن صياغة الوجوب ، بالرغم أنهما من القواعد الآمرة إلا أن عنصر الجزاء غائب في نصيهما فلم يقرنهما المشرع بجزاء مادي عند مخالفة مقتضياتهما ،وبالتالي لما تكون القاعدة آمرة أي وجوبية و لكن لا تقترن بجزاء ، كون المشرع هو من يحدد القواعد التي هي من النظام العام و يترتب على مخالفتها جزاء، و إلى جانب المشرع يوجد أيضا القاضي الذي يحدد هل إعمال قاعدة معينة أو عدم إعمالها يؤدي إلى إخلال بالنظام العام.

ويرى هل إعمال هذه القاعدة القانونية أو عدم إعمالها يعرقل حسن سير العدالة كون مصدر النظام العام هو القانون أو القاضي من جهة، ومن جهة صياغة الوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الواردة في نص المادة **(439)** منه، لا تفيد ببطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح نظرا لأن البطلان له ضوابط فاصلة[1].

فعدم إجراء الصلح لا علاقة له بالطلاق الذي أوقعه الزوج.فهو ليس من إجراءات الطلاق و إنما هو مرحلة لاحقة له، فكيف وجود مرحلة سابقة على مرحلة لاحقة.

يلاحظ عدم استقرار بيِّن في موقف القضاء في ظل نص واحد لم يطرأ عليه أي تغير، فكيف نسمي هذا التباين؟، هل نسميه تراجعًا أم نسميه استدراكا أم شيئا آخر؟، وما هي القرارات الصائبة السابقة أم اللاحقة ؟ فكيف نجد هذا التناقض في أعلى جهاز قضائي يسهر على توحيد المفهوم القانوني و توحيد الاجتهاد فأين يكمن الخلل؟

يعود الخلل و الإشكال إلى عدم التفرقة بين الإجراء الجوهري والإجراء غير الجوهري والإجراء الوجوبي،الأمر الذي يدفعنا إلى التمييز بين القواعد الإجرائية الجوهرية و غير الجوهرية والوجوبية، فهذه الألفاظ القانونية أصبحت تحتاج إلى تفسير و إيضاح فهي أساس المشكل و محل الإختلاف، لأن القانون نص على العديد من القواعد الإجرائية ليست لها جميعا نفس القيمة و الأهمية القانونية، و لا ترتب نفس الأثر و النتائج، لأنه من غير المعقول أن تكون كل الأشكال في نفس الدرجة فهناك فروق بينها

ما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يعرف هذه المصطلحات، بل ترك الأمر للقضاء والفقه مهتديين بالحكمة و الغاية المتوخاة من وراء كل قاعدة تقرر إجراء معينا، فعرف البعض الإجراء الجوهري أنه عيب

---

[1]- بوضياف عادل، مرجع سابق، ص444.

ناشئ عن مخالفة وضع جوهري[1]، باعتباره الشكل اللازم لوجود العمل، بمعنى الشكل الذي يترتب على تخلفه عدم الوجود، وأنه الشكل الضروري[2]، حتى ولو سكت عنه القانون فإنه لا يمكن فهم وجود و أساس العمل بدونه ،أو هو الشكل اللازم لتحقق الغاية التي كان يقصدها المشرع من ورائه[3] .

وهناك من يرى إن الإجراء إن كان يهدف إلى حماية حقوق الدفاع أو حقوق الأطراف في الخصومة أو يرمي إلى حسن سير العدالة فيعتبر إجراءا جوهريا ويرتب بذالك البطلان عند عدم مراعاته[4]. أما الإجراء الغير جوهري أو ما يسمى بالإجراء التوجيهي أو الإرشادي[5]فهو ناشئ عن مخالفة وضع غير جوهري أي ثانوي و هو مقرر لحماية مصلحة خاصة وليس ضروري لإتمام العمل القانوني[6]. وبذلك مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، يقصد بها مخالفة قاعدة منصوص عليها تحت طائلة البطلان (و هذا على خلاف قانون الإجراءات المدنية لسنة **1996**) بالإضافة إلى إثبات ضرر من طرف من يتمسك بها [7].

أما عن الإجراء الوجوبي فهو التزام غير اختياري[8]، غير أنه لا يكون تحت طائلة البطلان وعادة ما تكون القاعدة الوجوبية عندما يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية كعبارة " **لا يجوز** " أو" **يجب**" غير أنه لا يجوز الحكم بالبطلان استنادا إلى عدم النص عليه صراحة[9]، لأنه في السابق كان قانون الإجراءات المدنية الملغى[10]؛ لم ينص صراحة على نظام البطلان و إنما أخذ ضمنيا بنظام البطلان الذي كان سائدًا

---

[1]- محمد شحادة العرموطي سوزان، العيب الجوهري و أثره في بطلان الإجراءات القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، السنة الجامعية 2009، ص 25.

[2]- قدمت محكمة النقض الفرنسية توجيهات تسهل التفرقة مفسرة " الطابع الجوهري للإجراء بما يبرر وجود هذا الإجراء وما هو ضروري لأداء الوظيفة المنوط به"

[3]محمد شحادة العرموطي سوزان، المرجع نفسه، ص 20.

[4]- الشافعي أحمد، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، بن عنكون، الجزائر، السنة الجامعية 2002و2001، ص10.

[5]- على خلاف ما يرى بعض الفقه أن جميع القواعد المنصوص في قانون الإجراءات المدنية، كقانون إجرائي تعتبر ملزمة وواجبة الاحترام ويترتب على مخالفتها الحكم بالبطلان **أنظر**: الشافعي احمد، المرجع نفسه، ص10.

[6]- محمد شحادة العرموطي سوزان، المرجع نفسه، ص 25.

[7]- ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص 250.

[8] بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص 113.

[9]- زودة عمر ،الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق ، ص 483.

[10]- الأمر رقم 154/66، مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم،(**الملغى**)

في القانون الفرنسي، فقد أخذ بفكرة الأشكال الجوهرية ضمنيا، ذلك عندما جعل من حالة خرق الأشكال الجوهرية وجها من أوجه الطعن بالنقض[1].

غير أن الوضع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يختلف عنه في القانون القديم، لأن هذا الأخير، لم يتبن أي نظام في البطلان، وترك الباب مفتوح أمام اجتهاد القضاء، الذي يقرر في كل مرة ما إذا كانت هذه المخالفة مخالفة للشكل الجوهري الذي يرتب البطلان من عدمه[2]، كون أن القضاء هو من يمكنه الكشف عن حالات جوهرية لم ينص عليها المشرع والتي تلحق إجراءات جوهرية، إذ أن المشرع لا يستطيع أن ينص على جميع حالات البطلان و يحصرها، وأمام هذا النقص اجتهد القضاء في إنشاء مذهب البطلان الجوهري، والأخذ به في الحالات التي لم ينص فيها القانون صراحة على البطلان، أين يمنح القاضي سلطة في إنشاء و تقرير البطلان والحكم به و لو لم ينص القانون صراحة إذا تعلق الأمر بمخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات .

في حين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3]، قد تبنى نظاما هجيناً في البطلان[4] ومن بينها البطلان الإجرائي، والذي يقوم على قاعدة لا بطلان بدون نص قانوني، و قاعدة لا بطلان بدون ضرر

---

[1]- قاعدة "لا بطلان إلا بنص قاعدة منصوص عليها في المجموعة الفرنسية القديمة" لسنة **1806**، أما قاعدة "لا بطلان بدون ضرر منصوص عليها في المجموعة الفرنسية الجديدة" لسنة **1975** .

[2]- زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص 488. كان القاضي يتمتع بسلطة واسعة للحكم بالبطلان لعد م استيفاء إجراء أو إجراءات معينة إذا ما تم مخالفتها أو تم إغفالها حتى ولو لم ينص القانون على ذلك صراحة، وذالك متى كان الإجراء جوهريا ، فيتدخل القضاء لفرض رقابته كلما أحجم المشرع عن التدخل والنص على البطلان فكان ينشأ حالات البطلان فكان البطلان الجوهري أو الذاتي الذي يقضي به القضاء حتى و لو لم ينص عليه القانون صراحة ، إذا لم تراعى قاعدة إجرائية جوهرية من الإجراءات. **أنظر**:الشافعي أحمد، مرجع سابق، ص 2 و 18و 19.

[3]- ومن هذا المنطلق نجد تشريعات الدول يتجاذبها في مجال البطلان اتجاهان: فهنالك من الدول من لا تعترف في إطار البطلان الموضوعي و الشكلي و فيما يخص هذا الأخير إلا بالبطلان المنصوص عليه صراحة مع إثبات الضرر، والتي يوردها التشريع على سبيل الحصر، في حين يأخذ الفريق الثاني بالبطلان الجوهري او الذاتي الذي يقضي به القضاء حتى و لو لم ينص القانون صراحة على البطلان، إذا لم تراعى قاعدة إجرائية جوهرية من الإجراءات،.و يبدو أن التشريع الجزائري أخذ بالنظريتين معا "**نظرية البطلان القانوني**" و " **نظرية البطلان القضائي**" **أنظر**: الشافعي احمد، مرجع سابق، ص 18و 19.

[4]- تم تبنى البطلان الإجرائي والبطلان الموضوعي في نصي المادتين **(60)**و **(64)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلا يحكم القاضي بالبطلان إلا إذا اجتمعت القاعدتان معا،[1] فالقاعدة العامة المستخلصة من المادة (**60**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الخاصة بالإجراءات وهي أن الأصل في الأعمال الإجرائية الصحة والاستثناء هو البطلان، ومن ثمة لا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا بنص خاص فإذا لم يرد النص في القانون لا يمكن للقاضي أن يحكم بالبطلان، سواء تعلق هذا البطلان بشكل جوهري أو بغيره من الأشكال، فعلى الجهة القضائية التي يتمسك أمامها الخصم بالبطلان إستادا إلى خرق أحد الإجراءات الجوهرية أن تصرح برفض هذا الدفع استنادا إلى المادة (**60**) التي تعتبر كل الأعمال الإجرائية صحيحة ما لم ينص القانون على بطلانها [2].

بالرجوع إلى نص المواد (**49**)من قانون الأسرة والمادة (**439**)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصتا على الطابع الوجوبي لمحاولات الصلح والتي تتم في جلسة سرية، غير أن النصين لا يرتبان البطلان على مخالفة القاعدة أي مخالفة الطابع الوجوبي، في حين نجد والمادة (**60**)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على ما يلي"**لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً ، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه**"، فهذا النص يتعلق ببطلان الأعمال الإجرائية التي الأصل فيها الصحة والاستثناء هو البطلان[3].

كما أن المشرع لم ينص على قواعد خاصة ببطلان إجراءات الصلح، بل تناول موضوع بطلان الإجراءات شكلاً بصفة عامة، أي بطلان القواعد الإجرائية شكلاً بوجه عام تحكمه نفس القواعد الواردة في المواد (**60**) إلى (**66**) من نفس القانون[4]، والتي تميز بين بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً و بطلانها موضوعاً، والمشرع في المادة (**60**) أخذ بقاعدتي "**لا بطلان إلا بنص** "[5]، و" **لا بطلان بدون ضرر**"[1] و

---

[1] - زودة عمر، المرجع نفسه، ص470.

[2] - زودة عمر، المرجع نفسه، ص 487.

[3] - المرجع نفسه، ص 487.

[4] - فاضل أحمد، الدور الايجابي للقاضي في الدعوى المدنية – دراسة تحليلية للدور الايجابي للقاضي المدني في مجال الخبرة القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية سنة 2012-2013، ص 213.

[5] - والمقصود من لا بطلان إلا بنص (pas de nullité sans texet) أن هذه القاعدة أساسها لا جزاء بغير نص . وحسب هذا المبدأ لا يكفي أن ينص القانون على إتباع إجراء معين ليترتب البطلان على عدم مراعاته، بل لا بد أن يقترن أن عدم مراعاة هذا الإجراء يترتب عنه البطلان. وقد التزم المشرع بهذا الشرط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال

خص البطلان الإجرائي المستند إلى نص المادة **(60)** في ثلاث حالات فقط[2]؛ إذ نجد أن المشرع لم يستعمل عبارة البطلان، إلا في ثلاث مواضع[3]، في حين أن باقي الحالات الأخرى يستعمل عبارة:" **تحت طائلة عدم القبول شكلا**"، فمتى وجد نص صريح على البطلان فلا يجوز للقاضي أن يحيد مدام هناك نص صريح على البطلان[4] وعليه نخلص أن القاضي قيده المشرع بالبطلان المنصوص عليه صراحة في القانون إلى جانب أن يترتب عليه ضرر يلحق الخصم.

على خلاف المشرع الجزائري نجد نظيره الفرنسي جسد الاستثناء في المادة**(114)**من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنص على ما يلي:

"**أن العمل الإجرائي لا يمكن التصريح ببطلانه لعيب شكلي، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، باستثناء الأشكال الجوهرية أو تلك المتصلة بالنظام العام**". أما المشرع الجزائري في نص المادة **(60)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجاوز النظام العام فلم تبق أهمية للتميز بين البطلان إذا ما تعلق بالنظام العام أم لا[5]غير أن هناك من يذهب إلى القول أنه متى تعلق الإجراء بالنظام العام لا يحتاج إلى أن ينص عليها القانون[6].

عبارات :"**تحت طائلة البطلان " أو يكون باطلا**" و بالتالي القاضي مقيد بالنص القانوني، و لا يتمتع بسلطة تقديرية ولو كان الإجراء يمس بمصالح الأطراف، أنظر: الشافعي أحمد، مرجع سابق، ص 19و 20.

[1] - يقصد بمصطلح الضرر هنا معنى خاص، فهو ليس الضرر المترتب عن المسؤولية المدنية، وإنما هو كل مخالفة تؤدي إلى المساس بحقوق الدفاع وأطراف الخصومة وينجر عن عدم مراعاتها حرمان الأطراف من من حقوق قانونية منحت لهم للدفاع عن أنفسهم، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بهم و الذي ينتج بداهة من عدم مراعة الإجراء و يقع عبء إثبات الضرر هنا على الطرف الذي يتمسك به، أنظر: الشافعي أحمد، المرجع نفسه، ص 30.

[2] - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص486.

[3] - تنص المادة **8** فقرة **4** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:"**تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية، تحت طائلة البطلان المثار تلقائيا من القاضي** ". وتنص المادة **(275)** من نفس القانون على ما يلي: " **يجب أن يشمل الحكم ، تحت طائلة البطلان، العبارة الآتية : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري**"،راجع نص المادة **(643)** من نفس القانون :" ...**الحكم ببطلان الإجراء** ....".

[4] - بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع لم يستعمل عبارة البطلان، الا في ثلاث حالات : نص المادة **(8/ 4)**، نص المادة **(275)** ،و المادة **(643)** من قانون الإجراءات المدنية، و لا يصح خلق حالات أخرى غيرها لانعدام النص عليها .

[5] - زودة عمر، المرجع نفسه، ص 472.

[6] - تواتي الصديق، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية2013-2014.

و بناء على ذلك لا يمكن للقاضي أن يحكم ببطلان أي عمل إجرائي لعيب في الشكل إلا إذا نص القانون صراحة على جزاء البطلان[1]، مما يعني أن قضاة غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا لا يمكن أن يقرروا بطلان أو نقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، لعدم استيفاء إجراء الصلح مهما كان السبب ومهما كان طالب فك الرابطة الزوجية، ولكي نتصور ذلك يجب أن تكون النصوص القانونية قد حددت بدقة لكل شكلية ما وردت ضمن مادة قانونية، بما فيها المتعلقة بالصلح ما إذا كانت مقررة تحت طائلة البطلان أم لا، و هذا غير متوفر في أي تشريع[2]، بما فيه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

و أن قرار المحكمة العليا بنقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية على أساس عدم مراعاة فحوى نصي المواد **(49)** و **(439)** السالفتين الذكر، لا يمكن تقريره كون المشرع أخذ بالنظرية التقليدية في البطلان المنصوص عليها في المادة **(60)**، التي تقوم على أنه لا بطلان دون قانوني سواء تعلق البطلان بالنظام العام أم لا[3]، فلو جعل المشرع قاعدة " **لا بطلان إلا بنص** " لا تطبق بالنسبة للمخالفة المتعلقة بقواعد جوهرية أو متصلة بالنظام العام كما فعل المشرع الفرنسي، حينها يمكن أن يكون قرار المحكمة العليا مؤسسا بما فيه الكفاية وهو الشيء المعمول به في التشريع الفرنسي[4].

---

[1] - فالبطلان القانوني يجرد القاضي من كل سلطة تقديرية، ويحصر دوره في تقرير البطلان كلما نص القانون على ذلك صراحة، ولا يسمح للقضاء أن يحكم ببطلان أو نقض الحكم لمخالفته لإجراء أو إغفال إجراء إذا لم ينص القانون صراحة على ذلك ، **أنظر**: الشافعي أحمد، مرجع سابق، ص 2.

[2] - فاضل أحمد، مرجع سابق، ص 213.

[3] - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 472.

[4] - إن نص المادة **(60)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقابلها نص المادة **(114)** من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. غير أن الفارق هو أنه في النص الجزائري (المادة **60**)سقطت منها الفقرة الثانية من المادة **(114)** الفرنسية التي بدورها تستثني حالة الإشكال الجوهرية والنظام العام .

أمام هذا الأمر المقيد للمحكمة العليا[1]، يمكن القول أنه لا يمكننا أن تحكم بالبطلان الإجرائي شكلاً في غير ثلاث حالات المذكورة سابقاً، و لو كانت المخالفة فعلاً تتعلق بقاعدة جوهرية أو قاعدة متصلة بالنظام العام، وليس أمام المحكمة العليا إلا أن تصرح برفض الطعن بأسباب انعدام شروط البطلان الإجرائي المقرر للأعمال الإجرائية.و غياب قاعدتي "**لا بطلان إلا بنص**" و "**لا بطلان إلا بضرر**".

و عليه فلا يكون للطعن أي أثر منتظر منه أمام غياب هاذين الشرطين أو على الأقل غياب أحدهما والتي استوجبها المشرع للقول ببطلان العمل الإجرائي شكلا[2]، فلا تكون للطعن بالبطلان المرفوع ضد الحكم لعدم إجراء الصلح أي قيمة قانونية، و يبقى طعن بدون موضوع. إلا إذا كانت المحكمة العليا تعتبر أن تعريف الإجراء الجوهري في الفقه والقانون والقضاء الجزائري كمايلي: الإجراءات الجوهرية تلك التي نص القانون صراحة على بطلانها، بالإضافة إلى تلك الإجراءات التي ابتدعها القضاء رغم وجود نص المادة القانونية التي تقرر قاعدتي "**لا بطلان إلا بنص**"و "**لا بطلان إلا بدون ضرر** "، حتى يمكن القول إن قرارات المحكمة العليا سليمة[3]، وهذا الأمر يتطلب من المحكمة العليا أن تراجع نفسها و تخرج باجتهاد واحد يكون المرجع لقضاة القاعدة، وبالتالي هذا الموضوع في حاجة ماسة إلى إعادة النظر من قبل المشرع الجزائري عندما تتيح له فرصة التعديل وإلى حين ذلك الوقت على الأقل يتدخل قضاء المحكمة العليا و خاصة أن المحكمة العليا هي صاحبة الاجتهاد و المكلفة بتوحيده داخل الوطن لرفع الإشكال [4]

بعدما تمت الإحاطة جيدًا بماهية الصلح في شؤون الأسرة من خلال هذا الفصل التمهيدي، أشرع الآن في تناول مسألة لا تقل أهمية عن سابقاتها، ألا وهي دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال الفصل الأول التالي.

---

[1] - إن القانون هو الذي يتولى وحده دون غيره تحديد حالات البطلان مسبقا، جزاء لعدم مراعاة القواعد الإجرائية التي نص عليها فدور القاضي في هذه الحالة دور تقريري، إذ لا يجوز له أن يحكم بالبطلان إلا في حالات أوردها القانون على سبيل الحصر، و لا يملك القضاء في ذلك أن يجتهد فإذا ارتكبت المخالفة وكان هناك نص يقرر البطلان يحكم بالبطلان.

[2] - الشافعي أحمد، مرجع سابق، ص 18و 19.

[3] - وهذا ما يعتقده البعض من الفقه الجزائري أن التشريع الجزائري أخذ بنظرية البطلان القانوني و البطلان القضائي للقضاء بالبطلان الجوهري، أنظر: الشافعي أحمد، المرجع نفسه، ص 18و 19.

[4] - نصر الدين مبروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، **موسوعة الفكر القانوني**، مركز الدراسات والبحوث القانونية دار الهلال للخدمات الإعلامية، عدد 4، 2004، ص 85.

الفصل الأول

دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية

يختلف دور قاضي شؤون الأسرة أثناء قيامه بمحاولات الصلح، حسب حالات فك الرابطة الزوجية وللإحاطة جيدا بهذا الدور الفعال لا بد من التطرق لكل هذه الحالات على حدة، حيث نحاول تبيان دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة، وكذا حالة الطلاق بالتراضي **(المبحث الأول)**، ثم نعالج بعد ذالك دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق في حالة طلب التطليق**(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة الزوجين

يكمن غرض الشريعة والقانون من عقد الزواج في تكوين أسرة أساسها دوام العشرة بين الزوجين، إلا أن الرابطة الزوجية قد تعتريها بعض العراقيل والمشاكل التي تهز كيانها، و تحول دون تحقيق الهدف الأسمى منها، فتصبح هذه الرابطة مصدر قلق وشقاق مستمر بين الزوجين، وتنقلب الحياة إلى جحيم في جو مكهرب بدلا من الراحة النفسية للأزواج و الأبناء، لذالك شرع الله انحلالها، والذي يكون بأحد الأمرين إما الوفاة أو الطلاق وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في **المادة *(47)*** من الأمر رقم ***(02/05)*:"تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".**

تتعد الوسائل التي تنتهي العلاقة الزوجية منها ما يكون بيد الزوج و هو ما يعرف "**بالطلاق بالإرادة المنفردة**"، وما منها ما يتعلق بإرادتهما معًا وهو ما يعرف "**الطلاق بالتراضي**"، وانطلاقاً من حرص المشرع على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها، شرع نظام الصلح عن طريق تدخل القاضي سواء في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج **(المطلب الأول)**،أو في حالة التطليق **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول

دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

يظهر دور قاضي شؤون الأسرة عند مباشرة إجراء محاولات صلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة من خلال طرح أول سؤال على الزوج رافع الدعوى وهو بمثابة سؤال جوهري وينصب مضمونه على النحو الآتي: "هل سبق للزوج و أن أوقع الطلاق ؟ "، بغية تحديد بعض المراكز و التي من خلالها تتبني عليه بعض الآثار، وهذا السؤال الجوهري يطرح في أول جلسة للصلح، وإذا افترضنا إن الإجابة

كانت بنعم فما على القاضي إلا طرح سؤال ثان و المتمثل في ما يلي: " كم مرة طلقت ؟ وهل يحوز على أحكام قضائية سابقة تثبت فك الرابطة الزوجية بينهما، وكيف كانت حالة الزوج عند تلفظه بالطلاق ؟.

قبل الحديث عن دور القاضي في الصلح، عند تاريخ إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نعالج مسألة الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في علاقته بالصلح **(الفرع الأول)** ثم دور القاضي تبعاً لتاريخ و كيفية إيقاع الطلاق **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و علاقته بالصلح

تنقسم الأحكام القضائية إلى أحكام تقريرية، أحكام منشئة و أحكام إلزام ولذا كل حكم تقابله دعوى خاصة، فحكم الإلزام تقابله دعوى إلزام والحكم التقريري تقابله دعوى التقريرية، والحكم المنشئ تقابله الدعوى المنشئة بمعنى الحكم الصادر في أحد هذه الدعاوى إنما هو انعكاس لها[1]. ولذلك تختلف طبيعة الأحكام القضائية[2]، الأمر الذي يفرض التطرق إلى معرفة الطبيعة القانونية لحكم الطلاق، فهل حقيقة أن

---

[1]- زودة عمر، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص127 و ما بعدها.

[2] - أولاً :الحكم التقريري أو الحكم المقرر أو الكاشف هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود، و ينظر إلى الحق أو المركز القانوني في ذاته ما إذا نشأ ووجد في القانون أم لا. والحكم المقرر يكون في الدعوى التقريرية التي لا تواجه اعتداء يظهر في شكل مخالفة التزام ، فالحق أو المركز القانوني لا يقابله أي التزام وإنما يواجهه اعتراض الذي يكفي لرده، فمجرد صدور حكم قضائي يقرر وجود هذا المركز القانوني أو الحق' دون إلزام المدعى عليه بأداء معين أو إحداث تغير في هذا الحق أو المركز القانوني، فالحكم الكاشف هو ذلك الحكم الذي يظهر للوجود القانوني حق أو مركزًا قانونيًا كان مختفيا أو غير ظاهر فقام بإقراره وكشفه و تسري أثاره من تاريخ واقعة نشوء هذا الحق .' فالحكم التقريري يبحث في الماضي ولذلك الأصل في الأحكام القضائية هي أحكام تقريرية فهي تؤكد وتكشف الحقوق و المراكز القانونية السابقة على رفع الدعوى، فالحكم التقريري يضفي اليقين على الحق أو المركز القانوني ولذلك تسمى "**بالأحكام الكاشفة أو التقريرية** "، فهي تؤكد ما هو موجود و لا تخلق أي شيء ولا تزيل حقوق، فالقاضي يبحث فيما إذا وجد هذا المركز القانوني بصرف النظر عن اعتراض الطرف السلبي في الربطة سواء أنكر أو لم ينكر، فالحكم المقرر له اثر رجعي. **ثانياً** :الحكم المنشئ وهو الحكم الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني كدعوى التطليق، و عليه فالدعوى التي تهدف إلى الحصول على هذا الحق تسمى "**بالدعوى المنشئة**"، و الحكم الذي يصدر في هذه الدعوى يسمى "**بالحكم القضائي المنشئ**"، وكما نعرف إن الأصل في الأحكام القضائية أنها أحكام تقريرية فبعضها يكون التقرير و الكشف هو الهدف النهائي لها و بعض الأخر لا تقتصر على التقرير و التأكيد فقط، إنما تتجاوز إلى إنشاء حق أو مركز قانوني جديد و يترتب على ذلك تغير في الحالة القانونية نتيجة التقرير القضائي و هو ما يسمى "**بالقضاء المنشئ**"، حيثيُ ظهر إلى الوجود القانوني مركزاً لم

الطلاق في الجزائر ينشئه القاضي أم الزوج بمعنى هل هو منشئ أو كاشف ؟، وما هو الدليل على ذلك من خلال الآراء الفقهية والنصوص القانونية والتطبيقات القضائية ؟.

وسوف تكون مناقشة هذا التساؤل من خلال ثلاث جوانب: قانونا وفقها وقضاء. فالأساتذة والباحثين اختلفوا حول طبيعة الحكم القضائي الذي يثبت الطلاق المنصوص عليه في المادة **(49)** من قانون الأسرة إلى ثلاث اتجاهات بين من يرى بأن حكم الطلاق بناءا على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف **(أولاً)**، وبين من يرى بأنه حكم منشأ**(ثانياً)** وبين من يجمع بينهما**(ثالثاً)** .

أولاً - حكم الطلاق بناءا على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف:

حسب هذا الرأي، إن الطلاق حق للزوج، يمارسه كممارسته لأي حق أخر مقيد بعدم التعسف ويمارسه في كل الأحوال ولا يمكن لأحد سواء كان القاضي أو الزوجة، رد الزوج في استعمال حقه في الطلاق، و لا يبقى أمام الزوجة إلا إثبات تعسف الزوج في استعمال حقه وتبعا لذلك أجاز لها القانون طلب التعويض.

تظهر طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة، أنه من الأحكام التقريرية الكاشفة، ولا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم، فالذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون معقب لقراره هو الزوج [1]، في غير التطليق و الخلع، فالحكم فيهما منشئ للطلاق في قانون الأسرة الجزائري[2].

لكن هناك من الفقهاء من يعتقد أن الطلاق لا يقع إلا بعد صدور حكم القاضي، فهو مخالف لأحكام المادة **(48)** من قانون الأسرة، حيث حسب هذا الموقف هنالك طلاق يتم بإرادة القاضي بدلا من

يكن من قبل بحيث يعتبر هذا الحق أو المركز أو الوضع القانوني قد ولد مع الحكم لا قبله و تسري أثاره من تاريخ الحكم ويترتب على الحكم المنشئ انقضاء مركز قانوني قديم وإنشاء مركز قانوني جديد، أما الأحكام المنشئة فبواسطتها يظهر الحق و مثالها الأحكام الصادرة بالتطليق، فالسلطة التي يتمتع بها القضاء تتسع لتصل إلى مداها، بل تعتبر الأحكام الصادرة أحكام إنشائية، و تلعب هنا إرداة القضاء دورًا ايجابياً في خلقها و إنشائها، **ثالثاً**: حكم الإلزام ، ويقصد به الحكم الذي يتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري، و الدعوى التي ترمي للحصول على هذا الحق تسمى "**دعوى الإلزام**" وحكم الإلزام يتميز بأنه يتضمن حق يقابله التزام الطرف الأخر بالأداء و لحكم الإلزام عدة اثأر قانونية يتميز بها.

[1]- تقية عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 234.

[2]- عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013و 2014، ص 118.

إرادة الزوج[1]، في حين أن حكم القاضي في هذه الحالة مقرر أو كاشفا للطلاق لا منشئ له، وإن وقوع الطلاق أمر قائم بذاته وإثبات الطلاق أمر آخر، فلكل من الأمرين حكمه الخاص به، و في مسالة الطلاق يختلف حكم الطلاق الواقع فعلا عن حكم إثباته [2]، فالزوج يوقعه . أما القاضي يسجل تلك الإرادة و يثبتها بموجب حكم تقريري، فهناك بون شاسع بين مصطلح " **لا يثبت الطلاق** " و مصطلح " **لا يقع الطلاق** " فالمصطلح الأول يستعمل فقط للإثبات ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشف، أما المصطلح الثاني فيقصد به إيقاع الطلاق و يكون الحكم بشأنه منشأ غير كاشف[3] .

إذ لو أن القاضي حل محل الزوجة في إيقاع الطلاق فإن هذا الطلاق يعتبر طلاق بطلب من الزوج شأنه شأن الخلع و التطليق، و بالتالي ليس لإرادة الزوج اعتبار[4]، وحسب هذا الرأي الطلاق لا يعتد به، إلا إذا أوقعه القاضي بالمحكمة قول لا يستقيم مع نصوص و أحكام قانون الأسرة وإن هذا القول يصح فقط عندما ينص المشرع صراحة على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة على غرار ما جاء به المشرع التونسي بينما قانون الأسرة أقر بموجب أحكام المادة **(48)** من قانون الأسرة على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، دون تقيدها بحكم القاضي الذي ينحصر دوره في إثبات هذا الطلاق والكشف عنه لا غير طبقاً لنص المادة **(49)** من قانون الأسرة[5].

وما يعزز به أنصار هذا الرأي أن المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة **(52)** من قانون الأسرة و هو مصطلح الطلاق وليس مصطلح الحكم بالطلاق، أي بمعنى عندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم، ففي الأولى لا يتدخل القاضي كونها من صلاحيات الزوج وحده، لأن العصمة بيده وإن الزوج لما يلجا إلى القضاء يثبت في إيقاعه حكم الطلاق، وعليه في المرحلة الأولى يكون دور القاضي دورًا سلَبيا إذ لا يجوز له أن يناقش سبب الطلاق أو يرفض إثبات الطلاق[6]. هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها[7]، وأن اعتبار الحكم الصادر في

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 49

[2] - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، دون سنة النشر، ص104.

[3] - لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص 59.

[4] - بوكايس سمية، مرجع سابق، ص 108.

[5] - لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص 59.

[6] -المرجع نفسه، ص 54 و 55.

[7] -لقد جاء في قرار المحكمة العليا:" **متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وان المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بان الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا**

دعوى الطلاق ذو طابع إنشائي إذا تمسكنا بالقانون الوضعي، لكن بتفسير عبارة نص المادة **(49)** من قانون الأسرة وهي "**لا يثبت حكم الطلاق** ... "، تبين أن الحكم الذي يصدر في الدعوى يؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية، التي لم تعد قائمة من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج، وأما الحكم القضائي فما هو إلا كاشف هذه النية وهذا يتفق مع شريعة الإسلامية و القاعدة المعروفة "**إنما الأعمال بالنيات**" [1].

ثانياً- حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم منشأ:

يعتبر جانب آخر من الفقه أن الطلاق من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج و إذ بمجرد تعبير الزوج عن إرادته يحدث الأثر القانوني، و هو انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج أي وقوع الطلاق، وخروجًا عن القاعدة العامة أصبح يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني حسب نص المادة **(49)**، و تبعًا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر إلا باستيفاء الشكل القانوني المحدد. كون إرادته أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني ومرد هذا القصور يرجع إلى إرادة المشرع وليس إلى ضعف الزوج في قواه العقلية[2] .

يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فان القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا تطبيقاً صحيح للقانون"، **انظر:** المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 216250، مؤرخ في 1999/02/16، **مجلة الاجتهاد القضائي**، عدد خاص، 2001 ص 103وما بعدها.

نجد قرار أخر: "**من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرق لأحكام الشريعة الإسلامية.ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا ذلك من الزوج ، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فانه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح أمام القاضي يعد مخالفة للشريعة الإسلامية**"، **أنظر**: المجلس الأعلى (سابقاً)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35026، مؤرخ في 1989/12/23، **المجلة القضائية**، عدد 04، 1989، ص86 وما بعدها .

وهناك قرار قضائي آخر للمحكمة العليا جاء فيه " **من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره...**"، **انظر**: المجلس الأعلى (سابقًا)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 35026، مؤرخ في 1984/12/03، **المجلة القضائية**، عدد04، 1989، ص 86.

[1] - الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص 122.

[2] - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية أثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص105.

فلا يقع الطلاق إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطاً للإثبات و إنما هو شرط للانعقاد ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد أنحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق و لا يعد وسيلة إثباته، وعليه لا يمكن قبول إدعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررًا رسميًا صادر عن القاضي يثبت ذلك[1].

فالمشرع قيد الحق في الطلاق، لأنه أوجب أن يقع أمام القاضي، وهذا الشرط ليس سلبا لحق الزوج في الطلاق بل أمر وجوبي على الزوج إذا أراد أن يطلق أن يحترم الشكل الذي يقرره القانون[2]. فحسب هذا الاتجاه يكون حكم القاضي منشئاً للطلاق، لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة(**03**) أشهر قبل الحكم، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق و خلال خصام الزوجين[3]، وإن المعنى الظاهر وهو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي، وأنه عندما يقع عرفيا، فإن القاضي يمكنه أن يعتمد البينة الشرعية في إثباته، وهذا المعنى فاسد وغير صحيح لأنه يقتضي أن الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسمع مطلقًا في حالة إذا وقع بعد صدور قانون الأسرة، و لعل المشرع يقصد الوسيلة العادية لإيقاع الطلاق هي الحكم الذي ينطق به القاضي وأنه بانتفاء هذا الحكم لا يقع الطلاق إلا بصفة استثنائية بشأن الطلاق اللفظي الذي تم بين الفاتح من جويلية **1975** و تاريخ صدور قانون الأسرة.

و يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقبل البينة الشرعية في إثباته،وقانون الأسرة لم يوفق في صياغة نص المادة **(49)**،لأنه لم يبن ما هي الحالة الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى

---

[1]- زودة عمر، المرجع نفسه، ص 31.

[2]- كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2011-2012 ص 109.

[3] - بن الشويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، **مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد12، 2011، ص89.

إثبات الطلاق، كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة. ولهذا كان على المشرع أن يستعمل مصطلح "**لا يقع** "بدلا من " **لا يثبت**"[1] .

يذهب هذا الرأي إلى القول أنه لا يعقل أن الطلاق كاشف وما يبرر موقفهم هو نص المادة **(49)** من قانون الأسرة باللغة الفرنسية التي تعني أن عبارة "**لا يثبت** " ليست في محلها لأن عبارة « **établi ne peut être** » لا تعني عبارة " **لا يثبت** " و إنما تعني عبارة **لا ينشأ**" أو عبارة " **لا يتم إقرار** "، أو " **لا يتم تأسيس** "، لذلك فإن نص المادة **(49)** باللغة الفرنسية صحيح وهو يفيد بأن الحكم هو منشأ وليس كاشف لذلك على المشرع إعادة صياغة المادة **(49)** المكتوبة باللغة العربية[2]، ويخلص هذا الرأي إلى أن الطلاق صار بيد المحكمة فلا يقع إلا بحكم، فهذا يعني عمليا تخليه عن الطلاق الرجعي. وعليه حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم منشئ ناتج عن دعوى منشئة.

ثالثاً - حكم الطلاق كاشف ومنشئ:

ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار أن حكم القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة هو حكم منشئ وكاشف، حكم منشئ بسبب وجود الصلح، لأن الزوج يرفع الدعوى و القاضي يقوم بمحاولات الصلح وعلى هذا الأساس يصدر حكم بالطلاق بعده، ويمكن أن يكون حكم كاشف كون الزوج تلفظ بالطلاق شرعا، ويلجأ إلى القاضي من أجل إثبات هذا الطلاق قضائياً و قانونًيا فقط[3]، فالطلاق من حيث طبيعته هو حكم كاشف و منشئ في نفس الوقت ذلك أن حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة الخاصة والآثار و عليه فالطلاق حكم كاشف لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف إرادة الزوج الذي يكون تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، ولكون أن الحكم المنشئ يرتب مركزًا قانونًيا جديدًا والذي يتمثل في مركز المطلق والمطلقة [4].

---

[1] - تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق، قانون الأسرة و التطورات العلمية، مخبر القانون، كلية الحقوق جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 74.

[2] - طيبون حكيم، إثبات الطلاق بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04 و 05 ماي، 2014 ، ص 389.

[3] - بوكايس سمية، مرجع سابق، ص 106.

[4] - تقية عبد الفتاح، مرجع سابق، ص231.

ومما تقدم بيانه من خلال الآراء السابقة الذكر يتضح جليا أن الرأي الراجح في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى طلاق بإرادة الزوج المنفردة هو الاتجاه الأول الذي يعتبر حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم كاشف لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى إلا لتقريره، فإذا وقع الزوج البالغ العاقل غير المكره طلاق زوجته بلفظ صريح يقصده، فالطلاق واقع لا يختلف في هذا اثنان إذا كانت العلاقة الزوجية صحيحة قائمة. فمثل هذا الطلاق لا يحتاج إلى حكم القاضي، وإنما يحتاج إلى إثبات وتوثيق لدى المحكمة أو الجهة المختصة، ضمانا للحقوق ومنعاً للتناكر الذي قد يحصل و لا يحتاج إلى فترة إصلاح لا ساعة و لا يوم ولا ثلاثة أشهر، وإنما كل ما يحتاجه هو إثباته و توثيقه وتترتب آثار هذا الطلاق من يوم وقوعه، و لا يعد الحكم به من طرف القاضي توثيقا و إثباتا له لا غير[1].

نلاحظ أن المحكمة العليا في قراراتها تؤكد دائماً على اعتبار الشريعة الإسلامية معتمدًا أساساً في نقض كل الأحكام التي تخالفها عند تطبيق قضاة الموضوع، فإذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة خارج المحكمة فيصبح الصلح بلا فائدة، إلا إذا كان الطلاق رجعياً فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق و ليس تجنًبا لحدوث الطلاق ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون كاشفًا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة وليس منشئا له، حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية مع النصوص القانونية بمعنى على القاضي عندما يثبت الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من يوم تلفظ الزوج خارج المحكمة كون القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، فالمادة(**48**) من قانون الأسرة، خولت للزوج الحق في استعمال الطلاق ولقد أستعمل المشرع ذلك من خلال المصطلح "**إرادة**" وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة المجسد في القوانين الوضعية والذي بمقتضاه يكون للإرادة وحدها القدرة على إنشاء الالتزام و ترتيب الآثار القانونية دون اشتراط إجراء شكل خاص.

هذا التطبيق السلبي للإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق عن طريق إرساء الطلاق القضائي والذي يعتبر من المستجدات التي لم يأتي بها قانون الأسرة. ولم يزِل الطابع الشخصي الطلاق الذي يبقى حق للزوج أن يوقعه متى شاء .

ولا يحسن التعلل في هذه الحالة بأن القاضي إذا لم يحكم بالطلاق بسبب التوصل إلى الإصلاح بين الزوجين لا يستطيع توثيق وإثبات الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، بعلة التوصل إلى إصلاح ذات البين فالمادة (**49**) نصت أولاً :أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح، و لم

---

[1] - المصري مبروك، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دراسة وتحليل -، دار العلوم للغة العربية و أدأبها والدراسات الإسلامية، عدد 33، مصر، 2009، ص 259.

تنص على أنه إذا توصل للإصلاح الذي أوقعه الزوج لا يثبت الطلاق الواقع، الذي أقرته المادة **(48)** من قانون الأسرة ومن ثم جاز الجمع، بل وجب للخروج من التعارض الظاهري الذي تفرضه ظواهر النصوص، وحتى يتفق الحكم مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما أكدت ذلك المحكمة العليا في قراراتها حيث جاء ضمن حيثيات ملف رقم **39463** قرار بتاريخ **1986/12/10** ما يلي:

"من المتفق عليه فقهاً وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، و إن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل عن طلب الطلاق أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه بناء على طلب الزوجة بدفع الضرر عنها و حسم النزاع بينها و بين زوجها إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية و لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا "[1]

إن القول أن الزوج إذا طلق زوجته لا يعتد به حتى يحكم القاضي به و إلا فهو ليس بطلاق في نظر القانون، إلا في حال عدم التوصل إلى الصلح بين الزوجين فيحكم القاضي بالطلاق مخالف لكتاب الله**.** وهذا ما يقوله الأستاذ الدكتور **محمد بلتاجي** :"فمن الثابت المقطوع به نصاً و إجماعاً إن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته الصحيحة، و هي محل صحيح لإيقاع الطلاق، وقع طلاقها على الفور فلم تعد زوجة مطلقة دون توقف هذا الحكم على شيء آخر، بإطلاق ولا حكم قاضي و لا انتظار زمان و لا غير ذلك [2]، و لا يمكن لأحد أن يقول إن الطلاق لا يقع شرعاً إلا أمام القاضي أو بعد التحكيم أو محاولة الصلح، لأنه لم يروى عن **الرسول صلى الله عليه و سلم** ، ولا عن صحابته، ولا عن أحد من سلف هذه الأمة، أنهم كانوا لا يوقعون طلاقاً لرجل إلا أمام القاضي وبعد التحكيم عن النحو السابق، فالقول بذلك اشتراط في شرع الله تعالى بغير ما شرط أو بينه رسوله القائم على أمور التشريع أو جمهور صحابته الذين شهدوا عصر التنزيل، و عايشه أوضاعه فقد كان رجل منهم يوقع طلاق زوجته فيقع، ولم يرو عن أحد منهم أن الواحد منهم كان ينتظر في كل طلاق التحكيم و إيقاعه أمام القاضي كما يدعي البعض [3] .

ومن خلال ملاحظة نص المادة **(49)** من قانون الأسرة باللغة الفرنسية أن عبارة **« ne peut être établi »**، **"لا يثبت "**، عند ترجمتها لها عدة معاني ومن بينها:"ثبت" ، **"رتب"** ،**"أسس"** ، **"وطد"** ،

---

[1] - المصري مبروك، المرجع نفسه، ص 263.

[2] - المرجع نفسه، ص 197 .

[3] - المرجع نفسه، ص 199و 200 .

"**أشغل**" ، "**عبئا**" ، "**أرسخ**"، "**استقر**"،"**قرر**"، كل هذه المصطلحات تعني "**قرر**" أو" **ثبت**" ولا تعني إيقاع لذلك فإن نص المادة **(49)** باللغة الفرنسية ويوافق النص العربي. أما في ما يتعلق بالاتجاه الذي يجمع بين الحكم الكاشف و المنشى هذا لا يستقيم مع المنطق.لأنه يجب التفريق بين المراكز القانونية والأحكام القضائية فالحكم إما يكون كاشف أو منشئ، و ليس الاثنين والقول بهذا راجع إلى عدم التمييز بين المراكز القانونية والأحكام القضائية، لأن الحكم القضائي يكشف عن المركز القانوني و الإرادة تكشف عن المركز القانوني الذي هو الطلاق فالإرادة تخلق المركز، والحكم يأتي لإثبات ذلك المركز، فحكم الطلاق كاشف و وليس منشئ و لا يكون بناء على السلطة التقديرية للقاضي، حيث يكون دور هذا الأخير سلبي يقتصر على توثيق تلك الواقعة و الكشف عنه وتقريره، فتكيف الطلاق بالإرادة يبقى كاشف مادام لا يملكه إلا الزوج سواء أوقعه أو سوف يوقعه و ما على القاضي إلا إثبات ذلك الطلاق الذي وقع أمامه بعد رفع الدعوى.

فالمشرع نظم طلب الطلاق من أحد الزوجين من خلال نص المادة **(436)** إلى **(452)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أين أعطى الإجراءات المتبعة و دائما في إطار القانون الموضوعي المتمثل في قانون الأسرة فالزوج هنا يرفع دعوى إثبات الطلاق الذي أوقعه، أما الزوجة فترفع إما دعوى التطليق أو دعوى الخلع، و بموجب أحكام المادة **(450)** يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويتحقق هل الزوج أوقع الطلاق أو لا؟ وهل هو متمسك ومصر على طلبه؟، لأن القاضي غير مختص في إيقاع و إنشاء الطلاق لأنه حسب أحكام المادة **(48)**[1]، من قانون الأسرة يحل عقد الزواج بإرادة الزوج ولما أراد المشرع أن يتكلم عن حل عقد الزواج عن طريق الزوجة صرح بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين **(53)** و**(54)**من قانون الأسرة .

حسب المادة **(450)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالقاضي ليس له أن يرفض الطلب حتى ولو كان الزوج متعسفا، لأن الزوج وحده المختص في فك الرابطة الزوجية لأن العصمة بيده وأنه حق مقرر شرعاً له ومن يقول عكس ذلك ليس له أي دليل أو أساس قانوني، فالقاضي يكشف عن هذا الطلاق الذي أوجده الزوج لأن دور القاضي هو سلبي يتمثل في إثبات واقعة الطلاق و الكشف عن إرادة الزوج، وذلك بإصداره حكماً قضائياً مضمونه إثبات واقعة الطلاق الذي أحدثه الزوج وبالتالي الطلاق في الجزائر مطابق للشريعة الإسلامية، كون العصمة بيد الزوج وما رفع الدعوى إلا من أجل استصدار حكم يثب ذلك، .و ما جاءت به أحكام المادة(450) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دليل فعلي على

---

[1]- أنظر المادة **(48)** من قانون الأسرة قبل التعديل و بعد التعديل.

حقيقة أن الطلاق واقع خارج المحكمة و بالإرادة المنفردة للزوج وإلا فلماذا القاضي يتأكد منه كما يزعم البعض .

وما يعزز هذا التأكيد أيضًا أنه بالرجوع إلى المادة(**50**) من قانون الأسرة، نجدها تنص على أنه: " **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد** " فمراجعة الزوجة لا يمكن أن تكون إلا بعد وقوع واقعة الطلاق وأثناء فترة العدة لا غير وعليه فلو كان حكم الطلاق بالإرادة المنفردة منشئا كما يزعم البعض كيف تراجع الزوجة زوجها في فترة الصلح وهي لم تطلق بعد كون الحكم القضائي لم يصدر بعد.

وإن القول أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة هو قول يصح و ينطبق على التشريع التونسي، الذي ذهب إلى تكريس مساواة واضحة في حق طلب الطلاق و لعل الطلاق القضائي عندهم يعد من أبرز مظاهر الإقرار الصريح لمبدأ المساواة بين الجنسين، حيث نص في الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه:

" **لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة** " وفي ذلك إلغاء للطلاق الشفوي الذي كان بيد الرجل دون المرأة حيث لم يعد من الممكن أن ينحل الزواج بين الأحياء في تونس إلا بموجب حكم قضائي واللجوء إلى إيقاع الطلاق بتونس مفروض باعتباره قاعدة إجرائية فالطلاق إنشاء[1]، غير أن شيوخ الزيتونة في حد ذاتهم انقسموا بين شقين حول مدى التزام مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأحكام الشريعة الإسلامية[2]، و بذلك المشرع لم يرتب ازدواجية في الطبيعة القانونية للطلاق، طلاق تلفظ به الزوج قبل رفع الدعوى وطلاق أنشئ بموجب حكم قضائي[3]، لأنه في كل الأحوال يبقى حكم كاشف أو ما يسمى حكم مقرر صادر في دعوى تقريرية. فالأحكام المقررة أو الكاشفة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها و تقريرها كالطلاق بناء على إرادة الزوج و يتبين من ذلك أن عمل القضاء يقتصر على الكشف عن إرادة أحد الخصوم ولا تتدخل الإرادة القضائية في إنشاء تلك الأحكام التقريرية، بحيث تنكمش فيها سلطة القضاء في إصدار الحكم و يقترب دور القاضي من دور الموثق بحيث يقتصر دوره على توثيق إرادة الزوج و الكشف عنها، فالسلطة التقديرية للقاضي تكون محدودة بل تنعدم في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

---

[1]- الهيشري هاجر، حق المرأة في الطلاق، **مجلة دفاتر السياسية و القانون**، جامعة ورقلة، عدد10، 2014، ص88.

[2]- المرجع نفسه، ص 87.

[3]- عمرو خليل، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق ، **مجلة البحوث و الدراسات القانونية**، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة ، 2011. ص 312.

تظهر العلاقة بين محاولات الصلح و طبيعة حكم الطلاق أن هذا الأخير يكون كاشفا لتاريخ الواقعة و بالتالي القاضي عند إجرائه للصلح يربط محاولات الصلح بتاريخ واقعة الطلاق حتى يكون هناك توافق بين المدتين و إلا فيصبح الصلح بلا فائدة إن انقضت العلاقة الزوجية بعد انقضاء العدة، حيث تنتفي الحكمة و يصبح الصلح بلا موضوع و بلا فائدة، فالعدة المنصوص عليها في المادة(**58**) من قانون الأسرة تخص عدة الطلاق الرجعي فقط، أي بمعنى آخر تتعلق بالعدة التي تتولد و تنجر عن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، ولم يقصد بها المشرع أبدًا العدد الأخرى فيما يخص الطلاق بالتراضي أو الخلع أو التطليق[1]، فالأولى يمكن للزوج أن يراجع زوجته بدون عقد جديد في فترة الصلح مادامت العلاقة الزوجية قائمة حكماً ووقع صلح بين الزوجين لأن طلاق الزوج رجعي بينما في الأنواع الأخرى طلاق بائن، فالطلاق الأول يتلفظ به الزوج بينما الأنواع الأخرى من طرف فك الرابطة الزوجية تكون بيد القاضي، فالأول له عدة حالات أو احتمالات حسب تاريخ وقوع الطلاق و بتاريخ رفع الدعوى الذي يحدد مصير الصلح بينما طلاق القاضي لا تثور مشكل فيما يخص العدة لان العلاقة الزوجية لا تزال قائمة و لم تنحل بعد .

بعد ما تم تبيان الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و علاقته بالصلح سيتم الآن تبيان دور القاضي تبعاً لتاريخ و كيفية إيقاع الطلاق في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

دور القاضي تبعا لتاريخ و كيفية إيقاع الطلاق

يجب على القاضي أن يتأكد في دعوى الطلاق المرفوعة من الزوج من أن عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد، وأنها فعلاً مسايرة تماماً لمدة الصلح، لأنه و في بعض الحالات تكون متقدمة عنها و في البعض الآخر تكون متأخرة، حيث نتطرق إلى دور القاضي تبعاً لتاريخ إيقاع الطلاق(**أولاً**).ثم نحاول التطرق إلى دور القاضي في تحديد كيفية إيقاع الطلاق(**ثانياً**).

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 68 .

أولاً - دور القاضي تبعا لتاريخ إيقاع الطلاق:

إن تحديد دور القاضي مرتبط بتاريخ إيقاع الزوج للطلاق، ولذلك سوف نتعرض بعجالة حسب ما يأتي بيانه من خلال النقاط الآتية إلى إيقاع الطلاق بتاريخ سابق عن رفع الدعوى الطلاق **(أ)**ثم نتناول إيقاع الطلاق بتاريخ موافق لرفع الدعوى **(ب)**، ثم إيقاع الطلاق بتاريخ لاحق لرفع الدعوى الطلاق **(ج)**.

أ -إيقاع الطلاق بتاريخ سابق عن رفع الدعوى الطلاق:

انطلاقاً من السؤال الجوهري الذي يطرحه قاضي شؤون الأسرة[1]، عند أول جلسة صلح يجريها بين الزوجين، فقد يتوصل بأن الزوج قد أوقع طلاقه قبل أن يرفع الدعوى القضائية لإثبات المركز الذي أوجده الزوج بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة **(48)** من قانون الأسرة.

ما يلاحظ في التطبيقات القضائية، وهو أنه في كثير من الحالات، نجد أن الزوج يوقع الطلاق بإرادته المنفردة قبل أن يرفع دعوى قضائية طبقاً للمادة **(49)** من قانون الأسرة قصد إثبات الطلاق وهنا نميز بين وضعين حالة انقضاء العدة كليا، وحالة انقضاء جزء من العدة، بحيث يتحرى القاضي لتحديد ما هو التاريخ الذي يعتد به لحساب العدة وما علاقة ذلك بمدة إجراء الصلح ولاسيما أن العدة حق من حقوق الله تعالى وأن القضاء أقرنها بالنظام العام، وبالتالي القاضي يجب أن يراعي مسألة العدة وهو في صدد إجراء الصلح.

سبق القول أن المشرع الجزائري يقر و يعترف بوجود الطلاق الرجعي وأن هذا الطلاق يقع بمجرد تصريح الزوج به، وليس كما ذهب إليه العديد من القانونين، أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة[2]، فهذا القول لا يصدق و لا ينطبق إلا على القانون التونسي[3]، لا على قانون الأسرة الجزائري فلجوء الزوج إلى القضاء و حصوله على حكم قضائي ينحصر في قضية إثبات مركز الطلاق الذي أوجده الزوج لا

---

[1] - نفترض أن القاضي لم يطرح هذا السؤال و ترك الأمر عادي و النيابة كطرف أصلي وهي صمام الأمان فمن حقها أن تطلب تقديم سؤال حول ما إذا كان الزوج طلق أو لا ؟ وتكون الإجابة بنعم أو لا ؟ فقد يكون الزوج طلق عدة مرات فالقاعدة عامة ومجردة، وقد يحضر الشخص عدة أحكام الطلاق سبق الفصل فيها ثم يطلب الصلح أو يتصالحا و يطالبان بالرجوع النيابة تقول لا يمكنكما الرجوع،ولا وجدود للصلح فهذا مخالف للنظام العام وتعارض الرجوع، لأنه مخالف للنظام العام والشريعة والقانون ولا سيما نص المادة **(51)**من قانون الأسرة ونحن يهمنا ما هو في القانون لا ما هو حاصل أو جاري عليه العمل في الميدان فالخطأ غير قابل للتصحيح خاصة إذا أرجعنا الرجل و المرأة زوجين وهما أجنبين عن بعضهما البعض.

[2] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 81و 82.

[3] - ينص الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية: "**لا يقع الطلاق إلاّ لدى المحكمة**".

إنشاؤه، بحيث يعتبر الطلاق حق مقرر للزوج صاحب العصمة في الشرع و القانون، لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره للطلاق، وإذا تصورنا ذلك نكون أمام طلاق بيد القاضي، لا طلاق بيد الزوج.

وبالتالي كما يقول الأستاذ **لمطاعي** نكون أمام خرق وتحريف لنص المادة **(48)** من قانون الأسرة وكذا خرق لأحكام الشريعة الإسلامية[1]،وكذا النظام العام، وليس للزوجة أن تمنعه لأنها الطرف السلبي في الرابطة وتخضع للأثر القانوني الذي أحدثه الزوج بمحض إرادته لاستعماله للحق الإرادي[2]، الموافق للشرع و القانون، وبالتالي الشيء الذي يجب أن يراعيه القاضي عند إجرائه للصلح هو العدة، بما أنه أوقع الطلاق خارج القضاء، إن كانت العدة انقضت كليا فَتَبين الزوجة من زوجها ويتحول الطلاق من رجعي إلى طلاق بائن، لأن حساب تاريخ بداية سريان عدة الطلاق الرجعي لها أثر مهم في ممارسة الرجعة بعقد جديد أو بدونه في حالة التوصل إلى الصلح و والرغبة في مواصلة الحياة الزوجية، علما أن تاريخ بداية حساب عدة الطلاق الرجعي تكون بتاريخ تصريح الزوج عند إيقاعه للطلاق وليس بتصريح الحكم المثبت للطلاق.

تنص المادة **(58)** من قانون الأسرة :" **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**"، فالزوج هو الذي يصرح بالطلاق[3]، فالقاضي لا يصرح إذ يقتصر دوره في تسجيل إرادة الزوج وليس له الحق في رفضها[4]، وليس كما ذهب إليه السواد الأعظم من القانونين، من أن المقصود بذلك تاريخ تصريح القاضي و بذلك يكون حسب رأيهم تاريخ سريان حساب عدة الطلاق الرجعي هو التاريخ الموافق لصدور الحكم المثبت للطلاق[5].

كرس القضاء هذا الموقف من خلال أحد قراراته ما يلي :" من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه فإذا كان هذا هو الرأي فإن انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق يلزم من صدر منه الطلاق، أي بمجرد تلفظه بالطلاق و هذا إلزام مؤداه ابتداء الميعاد من وقت

---

[1]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 86.

[2]- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 98.

[3] - الأمر الذي يدعم أن المشرع يقصد في نص المادة **(58)** من قانون الأسرة تصريح الزوج بالطلاق لا تصريح القاضي هو ما جاء في الجلسة العامة المنعقدة في 23 أبريل 1984، بمقر المجلس الشعبي الوطني، عند مناقشة مشروع المتضمن قانون الأسرة إذ أجاب ممثل الحكومة، السيد معالي وزير العدل، على النواب بشأن سريان مدة العدة، بما يلي: " **مدة العدة تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق و ليس من تاريخ صدور حكم الطلاق**" .

[4] - الهاشمي هويدي، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص 21 وما بعدها(دار النشر)، الجزائر،2001.

[5]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، نفس المرجع، ص 85.

الطلاق، ولا يتوقف على إثبات الطلاق بحكم يصدر من القاضي[1]"، فهنا الزوج الذي رفع الدعوى لإثبات الطلاق أو الزوجة رافعة الدعوى لإثبات طلاق زوجها طبقاً للمادة **(49)** من قانون الأسرة، سوف يؤكدان تاريخ واقعة الطلاق أو يصرح الزوج بذلك وتؤكد الزوجة تصريحات زوجها فيما يخص واقعة إيقاع الطلاق من طرف الزوج، أو ما يسمى "**بإقرار الزوجين**"، مما يتيح للقاضي معرفة تاريخ وقوع الطلاق وسريان العدة .

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه قد يثور خلاف حول تاريخ وقوع الطلاق، فيجب على القاضي أن يتحرى الأمر، ويجري تحقيقا فيمكنه سماع الشهود، طبقًا للفقرة 4 من المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، لاسيما وأن دور القاضي لم يبقَ سلبياً كما كان إذ أصبح له دور إيجابي وفعال بإمكانه إجراء التحقيق و سماع الشهود، فالأمر ضروري في مثل هذه الحالات عند وقوع الخلاف، إن وجد الشهود وهو ذات الموقف الذي تبنته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، والذي نجد من بينها القرار رقم **35026**، الصادر بتاريخ **1984/12/3** " **ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق و ليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم "[3].**

وذهبت المحكمة العليا في قرار آخر والذي قضت بما يلي: "**من المقرر أيضا أنه تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة كالزواج و الطلاق و الوفاة و الولادة "[4]، وكذلك في قرار آخر قضت بما يلي :"متى**

---

[1] - احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق، ص106.

[2] - تنص المادة **(153)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:" **لا يجوز سماع أي شخص إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، و لو كان مطلقا لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات و أبناء العمومة لأحد الخصوم غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع ، يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال تقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية ".**

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35026، مؤرخ في 1984/12/3، **المجلة القضائية**، عدد 04، 1989، ص 86 .

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم179557، بتاريخ1998/3/17، **المجلة القضائية**، عدد خاص، 2001 ص 162.

تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، و أن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين ..."[1] .

وبالتالي إذا كان وقت إجراء الصلح من طرف قاضي شؤون الأسرة لاحق للعدة فما الفائدة من إجراء الصلح هنا، لأن محاولات الصلح التي أشارت إليها المادة **(49)** تكون في وقت سريان العدة و قد تكون بعدها إذا كان اللجوء إلى القضاء لإثبات الطلاق وفي هذه الحالة قد تبين المطلقة ولا تكون هناك رجعة، ولا يفيد الصلح الذي يجريه القاضي، خاصة و أن الصلح مدته ثلاثة**(03)** أشهر، ولا يخفى على أحد أن المعتدات - إما معتدات بالحيض أو معتدات بالأشهر، فعدة الأولى ثلاث حيضات كاملة و أجل هذه الحيضات قد يكون أقل من ثلاثة أشهر فتبين المرأة، ولا تصح رجعتها. وقد تكون المعتدة من اللاتي يئسن من المحيض أو لم يحضن أصلاً وعدتهن ثلاثة أشهر، وهذا مؤداه أن الصلح يكون في وقت بانت فيه المرأة ، والقانون يشير إلى ذلك صراحة حسب النص الصريح للمادة **(49)** من قانون الأسرة.

ومما لاشك فيه أن الطلاق الذي يوقعه الزوج يسبق تاريخه رفع الدعوى إذ يرتب أثر وقوعه و لا يفيد معه الأجل الذي حدده النص [2]، فإذا تبين للقاضي أثناء إجراء الصلح و ثبت أمامه أن الطلاق قد سبق و إن أوقعه الزوج بتاريخ سابق عن رفع دعوى، فإن تاريخ بداية حساب مدة عدة الطلاق الرجعي في مثل هذه الحالة يكون التاريخ السابق عن تاريخ رفع الدعوى سواء كان تاريخ بعيدا أو قريبا من التاريخ الموافق لتصريح الزوج بالطلاق.

فإذا كان التاريخ بعيد فهل القاضي رغم ذلك يشرع في إجراء محاولات الصلح ابتداء من تاريخ رفع دعوى إثبات الطلاق، والذي لا يتزامن مع حساب مدة عدة الطلاق ؟، فالعبرة بالعدة إن انقضت كليا أو جزئيا، وغالبا ما يحدث أن يوقع الزوج الطلاق بما يزيد عن ثلاثة أشهر مثلاً أربعة أشهر، أو ستة أشهر،أو حتى عام أو عامين قبل تاريخ رفع الدعوى لأجل إثبات الطلاق فتكون مدة العدة انقضت بينما مدة الصلح لا تزال قائمة، ويشرع في حسابها من تاريخ رفع الدعوى فيستحيل استحالة مطلقة أن تلتقي مدة الصلح بمدة عدة الطلاق الرجعي، وقد لا ينتبه القاضي إلى ذلك.[3]

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 216850، مؤرخ في 1999/2/16، **المجلة القضائية**، عدد خاص، 2001، ص 100.

[2] - نصر الجندي أحمد، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص107.

[3]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 106 .

غير أنه و دائما، في إطار طرح قاضي شؤون الأسرة للسؤال الجوهري الذي يتحرى من خلاله تاريخ إيقاع الزوج للطلاق فقد يكون ذلك قبل رفع الدعوى كما بيناه أعلاه ، سواء كانت العدة قد انقضت كليا أو انقض جزء منها، إلا أن الزوج قد يوقع الطلاق بتاريخ رفع الدعوى.، فما هو التاريخ الذي يعتد به لحساب العدة وما علاقة ذلك بمدة إجراء الصلح؟، وكيف يتصرف القاضي حيال ذلك؟، و هذا ما سوف نعالجه في هذه النقطة الموالية.

ب - إيقاع الطلاق بتاريخ موافق لرفع الدعوى:

لقد سبق القول أنه في كثير من الحالات، يكون الزوج قد أوقع الطلاق قبل تاريخ رفع الدعوى إلا أنه لا يشكل قاعدة عامة لأنه قد يحصل ويتوصل القاضي إلى معرفة تاريخ إيقاع الطلاق بالضبط والذي قد يتصادف وأن الزوج يوقع الطلاق بإرادته المنفردة، طبقا لنص المادة **(48)** من قانون الأسرة بتاريخ رفع الدعوى، و فيما يخص أجل حساب مدة العدة الطلاق الرجعي مع المسلم به وأن المشرع يعترف و يقر بالطلاق الرجعي، ومدام إيقاع الطلاق توافق وزمن رفع الدعوى القضائية لإثبات الطلاق تطبيقا لنص المادة **(49)** من نفس القانون، و الذي يتزامن مع بداية إجراءات محاولة الصلح التي يجريها القاضي في مدة لا تتجاوز ثلاثة**(03)** أشهر من تاريخ رفع الدعوى، بحيث تسري مدة عدة الطلاق الرجعي تلقائياً وآلياً من تاريخ وقوع الطلاق.[1].

يمكن للزوج في هذه الحالة أن يعرض في العريضة الافتتاحية التي يودعها لدى كتابة الضبط المحكمة أنه فعلاً طلق زوجته، وأنه يطلب من قاضي شؤون الأسرة أن يثبت له هذا الطلاق في الحكم القضائي، فالزوج يعبر عن إرادته صراحة في فك الرابطة الزوجية[2]، و بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فيما يخص ممارسة التعبير عن الإرادة و التي تكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالته على مقصود صاحبه[3]،.حسب ما تنص عليه أحكام

---

[1]- إيقاع الطلاق هو المسبب الموجب لها، وكما هو معروف شرعاً ، فقهاً و قانوناً ، انه إذا وجد السبب فبالضرورة يوجد المسبب، وإذا تخلف فبالضرورة يتخلف معه بالتبعية .

[2]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 93.

[3]- لم يذكر المشرع الألفاظ التي يقع بها الطلاق،عكس الفقه الإسلامي فلا يقع الطلاق إلا باللفظ أو ما يحل محله كالكتابة أو الإشارة فلو نرى الطلاق من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم ودليل قوله **صلى الله عليه و سلم** " **إن الله تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم**"، و بالتالي اللفظ قسمان صريح و كناية أي طلاق الذي يقع بلفظ صريح يسمى الطلاق الصريح و الطلاق الذي يقع بلفظ من ألفاظ الكناية وقد يقع الطلاق بما يحل محل اللفظ كالكتابة والإشارة

المادة **(60)** من القانون المدني[1]، ومنه يكون تاريخ إيداع العريضة الافتتاحية موافقاً لتاريخ بداية سريان حساب مدة عدة الطلاق الرجعي، إذا القاضي يشرع في إجراء محاولات الصلح ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إثبات الطلاق، والذي يتزامن مع حساب مدة عدة الطلاق كذلك .

إلا وأنه من الناحية العملية، و في بعض الحالات أين لا يتبين في عريضة الافتتاحية للدعوى ما إذا كان الزوج قد أوقع الطلاق أم لا، إذ يرد في عرائض الدعاوى عبارة : " **استدعاء الزوجة أمام المحكمة من أجل سماع الحكم بفك الرابطة الزوجية** " أو عبارة : " **إن الحياة الزوجية لا تطاق مما يتعين وضع حد لهذه الحالة المزرية** "، غير و أنه أثناء جلسة الصلح يصرح الزوج أمام كل من زوجته والقاضي و كاتب الضبط عن حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإرادته المنفردة، طبقا لنص المادة **(48)** من قانون الأسرة [2] أو أنه يتلفظ به أمامه ليؤكد ذلك.

فالمشرع عند وضعه لنص المادة **(49)** من قانون الأسرة، كان يقصد الأصل العام و أن الزوج الذي يوقع الطلاق بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة **(48)** من نقس القانون، فإنه يلجا إلى رفع دعوى قضائية لإثبات ذلك الطلاق طبقاً لنص المادة **(49)** من نفس القانون فتكون مدة حساب عدة الطلاق الرجعي موافقة لتاريخ رفع الدعوى الذي يوافق أيضاً بداية مدة إجراء محاولات الصلح من طرف قاضي شؤون الأسرة، أما إيقاع الطلاق بتاريخ سابق على رفع الدعوى لا يشكل إلا استثناءا، والاستثناء شاذ لا يتوسع فيه و، لا يقاس عليه.[3]

إلا أن الواقع العملي خلاف ذلك بحيث تحولت القاعدة العامة أو الأصل العام إلى الاستثناء والاستثناء تحول ليحل محل القاعدة العامة بحكم ما يجري عليه الواقع و المعاش من خلال ما يلاحظ في الممارسة القضائية، وإن الأزواج لا يلجؤون لرفع دعاوى إثبات الطلاق إلا بعد انقضاء العدة .[4]

وذلك بأن يكتب الزوج طلاق زوجته و يرسل إليها، وقد يشير الأخرس ما يفهم منه قصد الطلاق فيقع هذا الطلاق <u>أنظر</u>: المصري المبروك، مرجع سابق، ص 114 .

[1] - الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

[2] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 94.

[3] - المرجع نفسه، ص 95.

[4] - الأصل أن المشرع في المادة**(49)**كان يعتقد أنه لما يمارس الزوج الطلاق بإرادته طبقاً للمادة **(48)** من قانون الأسرة يتقدم إلى القضاء و يرفع دعوى إثبات ذلك الطلاق حتى يسجل في الحالة المدنية، و ينقص من عدد الطلقات وإن كان حسب الشريعة، و في مواجهة الزوج و الزوجة الطلاق و واقع لكن بالنسبة للجانب الإداري الأمر غير معروف، و من أجل

فالمتمعن جيدًا في نص المادتين **(49)**، و**(58)** من قانون الأسرة يلاحظ أن مدة الصلح مطابقة تمامًا لعدة الطلاق الرجعي سواء من حيث مدة كل منهما، أو من حيث تاريخ بداية سريان حساب مدة كل منهما، المحدد بمهلة **(03)** أشهر ولم يحددها بمدة تقل أو تزيد عن ذلك.

ويقول الأستاذ **لمطاعي:**" إن المشرع وضع ذلك عمدًا و عن قصد، ولم يكن عفويًا أو بمحض الصدفة لأنه كان يقصد ذلك فعلاً وحسن ما فعل المشرع "[1] ، إذًا حسب ما يتوخاه المشرع وعملاً بالقاعدة العامة التي تتضمنها المادة **(49)** السالفة الذكر، إنه لا يعقل أن يجري قاضي شؤون الأسرة الصلح والذي يهدف من وراءه إقناع الزوج بضرورة استعمال حق الرجعة، إلا إذا تم ذلك خلال مدة عدة طلاق الرجعي، وهذا لا يتأتى إلا إذا تم خلال مدة المحددة للصلح، لذا منع المشرع القاضي صراحة بموجب المادة **(49)** من إجراء الصلح بعد انتهاء و انقضاء المدة المقررة و المحددة له، و يتضح ذلك من خلال عبارة "**دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى** "، أي بمفهوم المخالفة والذي هو طريق من طرق التفسير، أنه إذا انقضت المدة المخصصة للصلح، فإنه يجب على القاضي أن لا يجري الصلح بين الطرفين[2].، لأنه بالرجوع إلى نص المادة **(50)** من نفس القانون المفروض أن القاضي يتأكد من أن مدة العدة و التي قد توافق مرحلة الصلح التي لم تنته بعد، فإن الزوج يمكن أن يراجع زوجته من دون حاجة إلى إبرام عقد زواج جديد وتقديم مهر جديد .

ذلك اشترط المشرع ذلك لتنظيم الحالة المدنية، فكان الأصل أن الزوج يرفع دعوى الطلاق بمجرد أن يتلفظ به وقد وضع المشرع مدة **(03)** أشهر للصلح حتى تتوافق مع مدة العدة و ذلك من تاريخ رفع الدعوى فهذا هو الأصل، إلا انه نلمس من خلال الواقع المعاش و من خلال الممارسة التطبيقية القضائية نجد معظم الأزواج طلقوا منذ عدة أشهر أو سنة أو سنوات مما تكون العدة قد انقضت و مضى عليها زمن التقادم، و هذا من المفروض هو الاستثناء، غير أننا نخلص إلى القول أن القاعدة و الأصل تحول إلى استثناء، و لكن الاستثناء تحول إلى الأصل بحكم ما نراه من أن الزوجة عندما يطلقها زوجها لا تمكث في بيت الزوجية كما هو منصوص عليه في الشريعة أو في القانون هذا من جهة، و أن لا زوجها و لا هي يتقدم ليرفع دعوى لإثبات ذلك الطلاق و لاسيما أن المشرع لم يحصر حق رفع دعوى إثبات الطلاق على الزوج وخصوصا أمام امتناع الزوج على رفع دعوى إثبات الطلاق، فأمام هذا الوضع تعتقد الكثير من النساء انه إذا لم يرفع أزواجهن الدعوى فيبقون هكذا لا هي مطلقة و لا زوجة كالجاهلية .

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 102و 103.

[2] - المرجع نفسه، ص 103

فلذا يجب أن يلتزم القاضي باحترام مدة الصلح بحيث يمتنع عليه من تثبيت حكم الطلاق قبل انقضائها، خاصة إذا كانت في حالة المطابقة بين العدة ومدة الصلح التي تبدأ من تاريخ رفع الدعوى فيمنع على القاضي قيامه بذلك، ولكي يتسنى للزوج استعمال حق الرجعة بدون حاجة إلى إبرام عقد جديد أثناء محاولة الصلح هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الحكم الذي سوف يصدر بعد انقضاء فترة الصلح سيكون الطلاق فيه بائن بينونة صغرى[1]، لكي لا يتعدى على حق الزوج من جهة ومن جهة أخرى حتى لا يتسبب في خلق وضعية محرجة.

نظًرا لعدم تقيد المشرع للقاضي في مسالة إصدار الحكم قبل انقضاء مدة الصلح إذ يستطيع القاضي أن يجري محاولات الصلح و يصدر حكمه ومدة الصلح لم تنتهِ بعد فيتعدي على حق الزوج والزوجة في المراجعة بحيث يفوت فرصة الرجعة بدون عقد جديد ويحول الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن فالمشرع لم يمنع القاضي ولم يلزمه بضرورة احترام المدة ومنعه من إصدار حكم و تثبيت حكم بالطلاق قبل انقضاء مدة الصلح فالمشرع منع فقط القاضي من إجراء ت الصلح بعد مرور**(03)** ثلاثة أشهر المحددة له ولكن ترك له الحرية في إصداره قبل انقضاء المدة .

فالمشرع نص في المادة **(49)** من قانون الأسرة على أن يجري القاضي عدة محاولات صلح بدلا من محاولة واحدة، وقيد كل ذلك خلال فترة زمنية تسمى بفترة الصلح وحددها بمهلة ثلاثة**(03)** أشهر من تاريخ رفع دعوى وهذا أمر لا يخص الآجال المعقولة لأن المشرع نظم ذلك بأن حدد المهلة التي لا يجب أن تقل أو تزيد عن الأجل المنصوص عليه .

يرى أحد الفقهاء أن ما يؤخذ على قانون الأسرة أنه: صرح بأن للزوج أن يراجع مطلقته أثناء محاولات الصلح، سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا، و سواء انتهت العدة أم لم تنتهي، فمادمت مدة الصلح باقية - والتي حددها بثلاثة أشهر - فلزوج حق المراجعة حتى التي طلقها قبل الدخول له ففترة الرجعة هو بقاء مدة الصلح ، فإذا حكم القاضي بالطلاق ليس للزوج حق المراجعة و لو كان الطلاق رجعيا ولم تنتهي مدة العدة [2].

غير أنه في إطار الدور الايجابي للقاضي الذي يمكنه طرح على الزوجين سؤالاً جوهرياً ، فقد يجد أن الزوج لم يتلفظ بالطلاق أي أن الزوج لم يوقع الطلاق وإنما رفع دعوى قضائية للمطالبة به، فلا مجال للحديث عن العدة لأن الزوج لم يوقع الطلاق بتاريخ رفع الدعوى. و إنما بعد رفع دعوى الطلاق وخلال

---

[1]- لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص 60.

[2]- المصري مبروك، مرجع سابق، ص 445.

أثناء فترة إجراء محاولات الصلح فيصدر عنه الطلاق، فما هو التاريخ الذي يعتد به لحساب العدة وما علاقة ذلك بمدة إجراء الصلح؟، التي تكون سابقة لبداية حساب مدة العدة ؟ وكيف يتصرف القاضي حيال ذلك ؟، و هذا ما سوف نعالجه في هذه النقطة الموالية .

ج- إيقاع الطلاق بتاريخ لاحق لرفع دعوى الطلاق:

فهنا إيقاع الطلاق يكون بتاريخ لاحق على رفع الدعوى، أي أن الزوج لم يصرح بعد بالطلاق، غير أنه أثناء جلسة الصلح يصرح الزوج أمام كل من زوجته والقاضي و الكاتب عن حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة طبقاً لنص المادة **(48)** من قانون الأسرة، ففي هذه الحالة يكون الزوج صرح لأول مرة بالطلاق في جلسة الصلح الأولى أو الثانية، فيكون التاريخ الصحيح والموافق لتاريخ بداية سريان حساب عدة الطلاق الرجعي، وهو ذلك التاريخ الذي صرح فيه الزوج بالطلاق في جلسة من جلسات الصلح .هذا عن الافتراض الأول .

أما الافتراض الثاني، فيكمن في حالة ما إذا الزوج قد صرح بالطلاق بعد انقضاء مدة الصلح ففي هذه الحالة يكون التاريخ الصحيح والموافق لتاريخ بداية سريان حساب عدة الطلاق الرجعي، وهو تاريخ تصريح الزوج بالطلاق الذي يكون بعد انقضاء مدة الصلح[1]، أي بعد استيفاء القاضي لمحاولات الصلح.

أما في حالة عدم النطق بالطلاق من طرف الزوج فلا مجال للكلام عن الرجعة وأحكامها المعروفة شرعاً، فالمراجعة في هذه الحالة هي إذن إعادة الزوج زوجته عادياً وكأن شيء لم يحدث بينهما[2]، فلا اعتبار لفترة العدة لأنه لا عدة إلا في طلاق ولا طلاق في هذه الحالة، فيكون للقاضي في هذه الحالة دوًرا كبيًرا في محاولة الصلح .

ولكن تجدر الإشارة أنه من الناحية العملية في بعض الحالات يرفع الزوج دعوى قضائية أمام المحكمة، إلا أنه لا يبين في عريضته الافتتاحية للدعوى ما إن كان قد طلق أم لا ؟، و لا يتضح هذا الأمر للقاضي في أول وهلة، غير أنه بناء على السلطات التي منحت للقاضي بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في إطار ما يسمى بالدور الإيجابي يطرح سؤال جوهري على الزوج فيما إذا سبق و أن طلق ومتى كان ذلك؟، ويطرح نفس السؤال أيضا على الزوجة لكي يتأكد من تلك الواقعة، غير أنه قد يحصل أثناء جلسة الصلح يصرح الزوج أمام كل من زوجته والقاضي وأمين الضبط بالطلاق بإرادته

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 96.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 316 و 317 .

المنفردة، طبقًا لنص المادة **(48)** و بذلك يكون تاريخ تصريح الزوج بالطلاق لاحق لتاريخ رفع الدعوى القضائية أمام قاضي شؤون الأسرة أثناء جلسة الصلح، لأنه أصلاً موافق لزمن بداية إجراء محاولات الصلح[1] .

فإذا لم يكن تاريخ إيقاع الطلاق ثابتا أو لم يتم التحقق منه، رغم ما للقاضي من دور إيجابي في هذا المجال، أين يثار إشكال في معرفة تاريخ وقوع الطلاق، و في هذه الحالة يرى الأستاذ **لمطاعي نور الدين** :" أنه يأخذ بالحسبان التاريخ الذي تم فيه رفع دعوى، ومنه يكون تاريخ بداية سريان حساب مدة الصلح في هذه الحالة مطابق تماما لتاريخ بداية سريان حساب مدة عدة الطلاق الرجعي "[2].

وفي حالة وقوع خلاف أو نزاع أو جدل حول تاريخ وقوع الطلاق، فإنه يجب على القاضي أن يتحرى بأن يجري تحقيقا في الموضوع، فيمكنه سماع الشهود[3]، طبقاً للمادة **(153)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي:"***غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق***"، وذلك حتى يتمكن القاضي من الوقوف على إيقاع للزوج للطلاق، و تحديد تاريخ إيقاعه ومن ثم معرفة تاريخ سريان عدة الطلاق الرجعي فإجراء التحقيق وسماع الشهود أمر ضروري في مثل هذه الحالات، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومن بينها القرار الآتي:"**من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره...، ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا ذلك من الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة**

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص 88و89 .

[2] - لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص 106.

[3] - فنجد قرار محكمة العليا " **من المقرر أيضا أنه تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة كالزواج و الطلاق والوفاة والولادة ...** "، و لقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/02/16 أنه " **متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون**"،المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216850، مؤرخ في 1999/02/16، **المجلة القضائية**، عدد خاص، 2001، ص. 100.

طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح أمام القاضي يعد مخالفة للشريعة الإسلامية "[1] .

فإذا توصل القاضي فعلاً إلى معرفة تاريخ إيقاع الزوج للطلاق، سواء تم ذلك نتيجة إقرار الزوجين أو نتيجة إقرار أحدهما دون معارضة أو إنكار من الطرف الآخر أو نتيجة تحقيق و سماع شهود لذات الغرض، أو توصل إليه بناءا على طرحه للسؤال الجوهري على الزوجين فيما يخص زمن وقوع الطلاق وبناء على ذلك يشرع في بداية حساب مدة عدة الطلاق الرجعي و كذا مراعاتها مع فترة الصلح التي يمكن أن يراجع الزوج زوجته قبل انقضاء العدة بدون عقد ومهر، أما إذا مضت مدة بعيدة على إيقاع الطلاق و بين تاريخ رفع الدعوى هنا القاضي إجرائه للصلح قانوني كل ما في الأمر يجري الصلح ليس بمفهوم الرجعة (أثناء العدة)و إنما لكي يرجع الزوج زوجته بموجب عقد جديد .

وفي كل الأحوال إذا تبين بأن الزوج قد طلق مرتين بالإرادة المنفردة، وراجع زوجته من خلالهما دون أن يلجأ إلى القضاء، وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر طلاق لثالث مرة متى سأل القاضي الزوج السؤال الجوهري هل سبق له و أن طلق و يتأكد من ذلك باتخاذه كل التدابير حسب نص المادة **(450)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه يثبت تلك الواقعة المادية في محضر الصلح ولا سيما أمام إقرار المطلقين بها الأمر الذي يجعل من القاضي يتوقف عن المواصلة في إجراء الصلح بعدما ثبت له بأن الطلاق هنا بائن بينونة كبرى بمفهوم نص المادة **(51)** من قانون الأسرة .

إلا أن الإشكال يكمن من الناحية الشرعية، وهذا في حالة ما إذا تبين بأن الزوج قد طلق مرتين بالإرادة المنفردة وراجع زوجته من خلالهما دون أن يلجأ إلى القضاء، وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر الطلاق هنا من الناحية الشرعية بائن بينونة كبرى، لأنه صدر من الزوج للمرة الثالثة وهنا لابد من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم الطلاق، وحتما سيتعامل معه القانون و القاضي على أنه طلاق للمرة الأولى، لأنه لا توجد أحكام قضائية تثبت حالات الطلاق السابقة التي وقعت بالإرادة المنفردة، ولا سيما إذا تناسى أو أغفل القاضي أن يسأل الطرفين إن كان قد وقع طلاق سابق و بالتالي سوف يطبق القاضي أحكام المادة **(50)** من قانون الأسرة أثناء عقد الصلح باستعمال المراجعة في حالة نجاح الصلح أو المراجعة بعقد جديد بعد الحكم بالطلاق[2]، فيكون بذلك صَالَح أجنبين حرام اجتماعهما.

---

[1] - لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ، ص 86 .

[2] - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014، ص 169.

لكن إذا ما وقف القاضي على مسألة طرح السؤال الجوهري فيما يخص و قوع الطلاق الذي يكون مفتاحا للجواب، لأن القاضي يسأل الزوجين هل سبق وان وقع الطلاق من قبل، وفي حالة ما إذا كان الجواب بالإيجاب فيطلب منه إحضار الأحكام القضائية المثبتة لفك الرابطة الزوجية،استنادا إلى الدور الإيجابي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إن وجدت أو أنه يجري تحقيقا في ذلك أو يطلب إحضار شهود لإثبات ذلك لتحتسب في عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

وفرضاً رفض الزوج رفع دعوى إثبات الطلاق، فإنه يجوز للزوجة رفع دعوى إثبات طلاقها و عليه فالقاضي يتأكد إعمالاً لنص المادة (**450**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باتخاذه كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك وإذا ثبت له أن الزوج طلقها ثلاث مرات، بل حتى إجراء محاولة الصلح هنا مخالفة للنظام العام، و بالتالي لا مجال لإعمال المراجعة كون المرأة لا تحل له أصلاً، لا شرعاً ولا قانوناً هذا من جهة، بالإضافة أنه لا توجد فكرة عقد جديد أو بدونه مدام حدث الطلاق بمفهوم المادة (**51**) من قانون الأسرة. كون الزوج استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث كونه طلق زوجته ثلاث مرات، فهو بذلك يكون طلاقاً مكملاً لثلاث، لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلاً آخر بعده ويدخل بها، بشرط أن لا يتزوجها بقصد التحليل لأن هذا يعد نكاحا باطلا، فإن طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول و انتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد، وذلك مصدقا لقوله تعالى:" **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ** "[1]

بالرجوع إلى نص المادة (**51**) السالف الذكر نجدها تنص على ما يلي: " **لا يمكن أن يراجع** " والمراجعة هنا ليس معناها الرجعة المعروفة عند الفقهاء استدانة في النكاح في الطلاق الرجعي أي ليس بمفهوم الرجعة في المادة (**50**) من قانون الأسرة،لأن المقصود بالمراجعة هنا بعد الطلاق البائن بنوعيه فهي زواج جديد بعقد ومهر جديدين، وتختلف في البائن بينونة كبرى بأن الرجعة أي العودة إلى الرابطة الزوجية لا تكون إلا بعد أن تتزوج المطلقة غير زوجها الذي طلقها زوجها طلاقا صحيحا فيه دخول حقيقي، ثم المفارقة بطلاق أو وفاة وانتهاء العدة منهما[2]، فالمطلقة ثلاثا لا يمكن مراجعتها وسبب ذلك أن طلاق الزوجة ثلاث مرات متتاليات تبين منه بينونة كبرى، ومن ثم تحرم على مطلقها تحريما مؤقتا، فلا يجوز لمن طلقها أن يراجعها و لو كانت في العدة، كما لا يجوز له أن يعود إليها بعقد ومهر جديدين لأن

---

[1] - سورة البقر، الآية 230 .

[2] - نصر الجندي أحمد، مرجع سابق، ص109.

الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الملك و يزيل الحل في الحال و لا يبقي للزوجية بعده أثر سوى العدة وما يتعلق بها [1]، وإن كانت النيابة العامة لا تحضر جلسات الصلح إلا أنه إذا ما وصل إلى علمها أو عن طريق إخطارها[2]، من قبل قاضي شؤون الأسرة فإن لها أن تعارض مراجعة الزوج لزوجته إذا ثبت لها أنه طلاق بائن، وذلك لما لها دور في حفظ الأسرة و حفظ النظام العام والسهر على احترام القواعد الشرعية والقانونية كونها طرف أصلي طبقا لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، والإشكال يطرح بقوة متى كان القاضي غير متخصص في الموضوع أو جاهل لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصد القانون، وإن كان يفترض فيه العلم ولو كان جاهلاً فقد لا يتفطن لمثل هذه الأمور، ولذلك يعتبر فرع قانون الأسرة من أصعب الأقسام لتعلقه بأحكام شرعية قطعية و لأنه ينظم الأسرة والتي هي الخلية الأساسية في المجتمع ولذلك القاضي قبل إجراء الصلح أو على الأقل في بدايته يتفطن لمثل هذه الأمور.

والجدير بالذكر أن العمل القضائي جاء موافقاً للقانون و الشرع فقد صدر قرار عن محكمة العليا بتاريخ 17 /02/ 1998 وقرر المبدأ الأتي:**" من المقرر شرعاً أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاث، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة (57)من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقًا سليماً مما يتعين التصريح برفض الطعن"** [3] .

وجاءت حيثيات القرار كما يلي:" **لكن حيث أن قضاة مجلس قضاء الجلفة لم يخرقوا المادة (57)من قانون الأسرة، لأن الطاعن صرح أمامهم بأنه طلق زوجته المطعون ضدها ثلاث، وأنه لهذا السبب تحرم عليه إرجاعها الأمر الذي جعل قضاة الموضوع لمجلس قضاء الجلفة يعتبرون أن حل الرابطة الزوجية بين طرفي النزاع في قضية الحال يعد طلاقا وليس تطليقا كما أشار إلى ذلك حكم أول درجة،لأن الطاعن هو**

---

[1] - المرجع نفسه، ص108.

[2]- لأنه حدث في قضية أن قاضي شؤون الأسرة و هو بصدد إجراء محاولات صلح في دعوى طلاق باردة منفردة للزوج والذي لم يطلق بعد، و بعد مثول الزوجة و الزوج أمامها اخبر الزوج القاضية بأنه لم يطلقها بعد إلا أنها تزوجت مع أجنبي وأكدت الزوجة ذلك أثناء محاولة الصلح، فسارعت القاضية إلى طلب النيابة و حضرت في جلسة الصلح، و سمعت القاضي الأطراف و حررت محضرًا بذلك وبموجب ذلك تابعت النيابة الزوجة بالزنا طبعاً بعد إيداع الزوج لشكوى وحكم على الزوجة بعقوبة كونها في تشكل جريمة الزنا ومن جهة أخرى في حالة شاذة و هي تعدد الأزواج .

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 176551، مؤرخ في 2012/04/12، المجلة القضائية، 2000 عدد01، 171ص الى 173.

الذي صمم على طلب الطلاق لكونه حرمت عليه المطعون ضدها ثلاثا الأمر الذي يجعل الوجه الثاني...مما يستوجب رفضه ".

يظهر من خلال هذا القرار أنه متى ثبت للقاضي وقوع الطلاق ثلاث مرات، لا يتم إجراء صلح بين الزوجين، لأنه من المفروض يتدخل القاضي أو النيابة العامة للدفاع عن النظام العام والعمل باحترام أحكام القانون، فالنظام العام يتجاوز الخصوم و القاضي، فلا يمكن أن يكون موضوع تصالح بينهم، ودور القاضي هنا هو ضبط إرادة المتصالحين التي و إن لم تكن مطابقة لقواعد العدالة و الإنصاف إلا أنها يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام وعليه فالقاضي أن يجري الصلح إلا في الإطار المسموح به وقانونا [1]وعليه نستنتج أنه من المفروض أنه لا يجرى الصلح و إذا أجراه القاضي لكي يكون مناسبة لتنبيهما بذلك، و لا يعدو أن يكون المحضر المحرر إلا مجرد إثبات الواقعة والإفادة باستحالة رجوع الزوحين تطبيقا لنص المادة 51 من قانون الأسرة.

كما يطرح إشكال بخصوص المرأة الحامل ذلك أن نص المادة (**60**)من قانون الأسرة التي تقضي بأن العدة في هذه الحالة عند وقوع الطلاق هي بوضع حملها و أقصاها 10 أشهر .

والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح كيف يستطيع القاضي أن يلائم بين نص هذه المواد (49) و (**50**) و(**58**) من قانون الأسرة ، وكذا نص المادة(**442**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، التي تحدد أقصى مدة الصلح بثلاثة أشهر ؟ و بالتالي يجد القاضي نفسه أمام احتمالين :

- **الاحتمال الأول**:أن يكون الصلح خلال مدة الحمل، معنى ذلك أنه تم خلال العدة و في هذه الحالة يعد رجعة بعد طلاق الزوج لها .

- الاحتمال الثاني: أن يكون الصلح بعد وضع الحمل معنى ذلك أنه إذا تم الصلح بعد إنتهاء العدة وبالتالي يحتاج إلى عقد جديد بالرغم من أنه لا يوجد حكم طلاق صادر من المحكمة كما قضت بذلك المادة (**50**) من قانون الأسرة .

بل أن الأمر يبقى مفتوح على احتمال آخر : يتعلق بعدم نجاح جلسة الصلح وصدور حكم يثبت الطلاق وكانت الزوجة الحامل لا تزال في عدتها فصيرورة جلسة الصلح بهذه الطريقة تطبيقاً لنص المادة

[1]- بوذريعات محمد، مرجع سابق ، ص .96.

(50) من قانون الأسرة يحرم الزوجين من الرجعة ويلزمهما بإبرام عقد جديد في حين أنه من الناحية الشرعية هما غير ملزمان بذلك طالما أن العدة لم تنتهِ[1].

لقد جاء في كتاب الله عز وجل قوله سبحانه و تعالى :" **وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا** "[2]، و بالرجوع إلى قانون الأسرة أن كل امرأة طلقت، وجب عليها شرعًا و قانوناً أن تعتد طيلة مدة حملها إلى غاية وضع الحمل، فإذا رمى الزوج الطلاق على زوجته وهي حامل فإن عدتها تمتد إلى غاية وضع الحمل، ففي كل هذه الفترة تعد زوجته حكمًا و بالتالي كيف نعامل الزوجة الحامل مثل زوجة غير الحامل ونربط فترة الصلح بمهلة ثلاثة أشهر، بدلاً من أن يحل محلها كل المدة المتبقية حتى و لو كان شهر أو أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق فالصلح هنا يستمر طوال فترة الحمل، فالمشكل في هذه الحالة مسألة العدة خاصة إذا كانت الزوجة حامل، فقد تجاهل القانون تمام ذلك حيث أنه في التشريع الإسلامي لا يقع الطلاق إلا بعد الولادة، أي أن حق الراجعة موجود، و الزوجة لا تزال في بيت الزوجية طالما أنها لم تضع مولودها[3].

بدون حرج نقول أن القاضي نفسه يساهم في خلق وضعيات شاذة، لأنه يطبق الصلح كإجراء شكلي يستعمله لضرورة استفاء الشكل المقرر دون العمل على تحقيق حكمته وذكره في حكمه، حتى لا يكون عرضة للنقض، بحيث لم تصبح تلك الجلسات عبارة عن محاولات الصلح وإنما لا تعدوا أن تكون في حقيقة الأمر إلا محضر سماع فقط، بمقتضاه يدون فيه تصريحات الزوجين .

وتجدر الملاحظةفي هذا أنه يجب على قاضي شؤون الأسرة أن يوجه للزوج سؤالاً وجيهاً وكذا الزوجة فيما إذ كانت حاملاً، من جهة لكي يدون ذلك في المحضر ليضمن حقوق الجنين، لأن عدم تصريح الزوجة بالحمل لا يعد حجة تجاه المطلق لحرمانها من حقوقها، ولقد جاء في قرار عن المحكمة العليا ما يلي: " **عدم تصريح الزوجة بالحمل عند الحكم بالطلاق، لا يعد حجة تجاه المطلق لحرمانها من**

---

[1]- نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية للأحكام الشرعية، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04 و 05 ماي، 2014، ص 375.

[2]- سورة الطلاق، الآية 4 .

[3]- نقاز إسماعيل، الإجراءات التشريعية و القضائية في حل الرابطة الزوجية، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04 و 05 ماي، 2014 ،ص 347

حقوقها، ومادام أن الطاعنة وضعت حملها بعد خمسة أشهر من صدور الحكم بالطلاق، فإنها تستحق نفقة الحمل لإثبات النسب، ولأن الحمل يصعب اكتشافه في الشهرين الأولين له " [1] **.**

و كذا من جهة أخرى ليعرف مدة عدتها،لأن عدتها بوضع الحمل مما يعني أن القاضي غير مقيد بثلاثة أشهر المنصوص عليها في المادة **(49)** من قانون الأسرة، و إذا القاضي تقيد بثلاثة أشهر وأصدر حكم بالطلاق فتعبر الزوجة مطلقة قانونا و زوجته شرعاً .

ومن جهة أخرى القاضي ينبه الزوج أن خلال حمل الزوجة؛ هذه الأخيرة تتعرض لعوارض وتغييرات نفسية وحتى في طبيعتها تؤثر عليها، فسرعان ما يبادر القاضي إلى تفسير و توضيح هذه المعطيات للزوج أثناء إجراء الصلح، فربما قد يفهم الزوج حالة المرأة وسبب نشوء النزاع و يتراجع عن طلب الطلاق فالمفروض أن القاضي مثقف و متعلم فيفترض فيه العلم، فكم من طلاق تم بسبب هذه الدوافع أمام جهل بعض الأزواج بهده الأمور .

بعد ما توصلنا إلى محاولة الإجابة على السؤال حول تحديد دور القاضي في حالات زمن وقوع الطلاق و علاقته بالصلح الأمر الذي يقتضي طرح السؤال آخر الذي يليه مباشرة وهو في حالة ثبوت واقعة الطلاق، يتمثل في عدة أسئلة مختلفة على نحو: "أن يسأل عن كيفية حدوث الواقعة وسيرها ؟ واللفظ الذي تلفظ به الزوج و إن كان تلفظ فما صيغة اللفظ ؟، وأين تلفظ ؟، والحالة النفسية والشرعية للزوج و الزوجة عند الواقعة ولاسيما حال الزوجة من حيث الطهر وعدمه؟، كونها إن كانت حائضاً أو نفساء أو ما يشابهه ذلك من الأسئلة ؟ "وذلك قصد كشف جوانب واقعة الطلاق نحاول التطرق إلى دور القاضي في تحديد كيفية إيقاع الطلاق ، فيما يلي :

ثانياً-: دور القاضي في تحديد كيفية إيقاع الطلاق:

نتعرض لتحديد كيفية إيقاع الطلاق بعجالة إلى طريقة إيقاع الطلاق من طرف الزوج **(أ)**ثم نتناول إغفال القاضي لطبيعة الطلاق الواقع **(ب)**، ثم نتعرض إلى دور القاضي في الإرادة المعيبة في الطلاق **(ج)** .

أ- طريقة إيقاع الطلاق من طرف الزوج:

إن المشرع الجزائري في تعريفه للطلاق في قانون الأسرة الجزائري أطلقه من غير قيد بلفظ أو غيره، فلم يذكر المشرع الألفاظ التي يقع بها الطلاق، عكس الفقه الإسلامي فلا يقع الطلاق إلا باللفظ أو ما

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم254080، مؤرخ في 2001/02/21، **المجلة القضائية** ، عدد عدد02، 2002، ص 444 و ما بعدها.

يحل محله كالكتابة أو الإشارة ،فالطلاق من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم ودليل قوله **صلى الله عليه و سلم (إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم)** وبالتالي اللفظ قسمان صريح و كناية، أي طلاق الذي يقع بلفظ صريح يسمى الطلاق الصريح و الطلاق الذي يقع بلفظ من ألفاظ الكناية وقد يقع الطلاق بما يحل محل اللفظ كالكتابة والإشارة وذلك بأن يكتب الزوج طلاق زوجته و يرسل إليها، وقد يشير الأخرس ما يفهم منه قصد الطلاق فيقع هذا الطلاق[1].

لم يشر قانون الأسرة إلى الألفاظ التي يقع بها الطلاق و معنى هذا أنه يرجع في ذلك إلى الشريعة الإسلامية تطبيقاً لما جاء في قانون الأسرة من خلال نص المادة **(222)** من قانون الأسرة و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد اختلاف الفقهاء، و يبقى الاختيار للقاضي الذي يختار من الآراء الفقهية ما يشاء .و هذا من شأنه أن يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية في القضايا المتشابهة فمرة يقضي بوقوع الطلاق وأخرى يقضي بعدم وقوعه، و في ذلك كله لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية ولا ضابط يضبط القاضي إلا هواه و نفسه، مادام المشرع لم يتجه إلى مذهب معين مثلما فعل المشرع المغربي في مدونة الأسرة .[2]

ونخلص إلى أن قانون الأسرة الجزائري لم يشير إلى الطلاق بالكتابة أو بالإشارة، عكس انعقاد الزواج و بالتالي يرجع في هذا إلى أحكام الشريعة الإسلامية و يوجه له نفس النقد الذي وجه إلى صيغة ألفاظ الطلاق غير أن الأستاذ **المصري المبروك** يرى "أنه لا يقع الطلاق بالكتابة إلا من الغائب أو الحاضر الذي لا يقدر على النطق و يقع طلاق الأخرس بالكتابة إن كان يكتب و إلا و قع بإشارة مفهمة تملي عن الطلاق [3].

ب - إغفال القاضي لطبيعة الطلاق الواقع:

تقسم الشريعة الإسلامية الطلاق إلى أقسام وفق معايير متعددة[4]، فعلى سبيل المثال من حيث حكمه إلى طلاق سني وطلاق بدعي، وهو الأمر الذي نجد أن كل من الزوجين و حتى قاضي شؤون الأسرة على الخصوص قد لا يعيرون أية أهمية للطلاق الواقع فيما إن كان طلاقا سني أو بدعي.

---

[1]- المصري المبروك، مرجع سابق، ص 114.

[2]- المرجع نفسه، ص 118 .

[3]- المرجع نفسه، ص 120 .

[4]- فعلى سبيل المثال : الطلاق من حيث لفظه طلاق صريح و طلاق كنائي، ومن حيث حكمه طلاق سني وطلاق بدعي ومن حيث الآثار المترتبة عليه طلاق رجعي أو بائن.

حسب المذهب المالكي الطلاق السني هو ما توافرت فيه أربعة شروط وهي أن تكون المرأة طاهرًا من الحيض و النفاس حين الطلاق، وأن لا يكون زوجها قد مسها في ذلك الطهر، وأن تكون الطلقة واحدة ، وألا يتبعها الزوج طلاقاً آخر حتى تنقضي عدتها وإلا كان بدعة، فإذا طلق الزوج زوجته في حيض أو نفاس أوفي طهر مسها فيه فتلكم البدعة، لأن تلفظه بالطلاق غير قائم على أساس شرعي كما أن العلم أثبت أن الزوجة في تلك الفترات تعتريها إختلالات في الهرمونات مما يؤثر على مزاجها و هو ما يثير حفيظة الزوج ، فلعدم علمه بأحوال النساء، تزيد حدة الخلاف و قد تنتهي بالتلفظ بالطلاق، و هذا خلاف للأولى.

فعلى قاضي شؤون الأسرة أثناء جلسات محاولات الصلح أن يوعي الزوجين و لاسيما الزوج بأن يتحرى حال زوجته و يتقي الله فيها [1]، وأن يعرفه بأن حالتها استثنائية ولا يد لها في هذا الأمر فيتحكم في نفسه لتجنب التلفظ بالطلاق، ويرجئ ذلك إلى أن تطهر وإلى حين ذالك غالباً ما يكون الغضب قد زال وعادت الزوجة إلى حالتها العادية فيتجنب الزوج طلاقها، و يكون هذا الطلاق السني من أنجع السبل للتقليص من الخلاف الزوجي المؤدي إلى الطلاق.

أما إذا افترضنا أن الزوج أرجأ الطلاق إلى طهرها وحل الطهر و أصر على طلاقها، وطلقها فعلا فسوف يعطيها الإمكانية لتعتد عدتها، كما حدد الشرع إذ يطلقها في طهر لم يمسها فيه، فتعتد بالقروء لأن الراجح عند العلماء أن العدة بالقروء هي أن تعتد المرأة بالأطهار، فتبدأ المرأة عدتها بأول قرء (حيض / طهر)، بعد طهرها الذي طلقت فيه، ثم تضيف قرءين، وتبين منه بحلول الطهر الثالث ولهذا السبب يأثم من يطلق طلاقاً بدعًيا، مع أنه يكون مرتبا لآثاره[2]، و يلاحظ أن هناك من ناد بوضع مادة قانونية عند مناقشة مشروع قانون الأسرة سنة **1984** تتضمن مايلي : وجاء في محضر ملحق الجلسة يوم الأحد 22 أفريل 1984[3]، أنه تبقى هذه المادة كما وردت في تعديل الحكومة بحيث جاء في المادة **(49)** إذا أراد الزوج أن يطلق زوجته وجب عليه إحصاء العدة، فلا تطلق و هي حائض أو في طهر باشرها فيه و إلا كان الطلاق حرامًا شرعاً وباطلاً قانونا ".

---

[1] - نعوم مراد، مرجع سابق، ص 123.

[2] - المرجع نفسه، ص 124.

[3] - أنظر إلى ملحق محضر الجلسة، المنعقد يوم الأحد 1984/04/22، مقر المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، الصادرة يوم الخميس 20شعبان 1404 هـ الموافق ل 3 ماي 1984، السنة الثالثة، العدد 47 ص 16.

فإذا أتى المطلق إلى المحكمة، وهو قد طلقها طلاق البدعة، فإن القاضي يفهم الزوج أولاً أن ما فعله محرم، وينبغي أن يطلقها طلاق السنة، أي في طهر لم يجامعها فيها، ويكون بطلقة واحدة [1].

أما ما نراه في الواقع من دعوى إثبات الطلاق أن الزوجة حائض أو نفساء لأن قاضي شؤون الأسرة لا يسأل أبدا لا عن كيفية إيقاعه ولا وقته ولا عن وحالة الزوجة وقت تلفظ الزوج بالطلاق، الذي يؤدي إلى نتائج مخالفة للشريعة الإسلامية ولأجل تفادي ذلك ينبغي أن يتأكد القاضي من حال الزوجة والزوج، و ألفاظه التي تلفظ بها ووقته، ويفهم الزوجة ما يلزم من عدة وأن كان لها الزواج من غيره أم لا وهل يحق للزوج أن يراجعها أم لا[2] .

فكثيًرا ما نجد رجالا يرفعون دعاوى طلاق، و الواجب في مثل هذه الحالة أن يكونوا عالمين بسنة الطلاق، فإن لم يكن عالمين بذلك فيعلمون من طرف القاضي في جلسة الصلح، وهنا يظهر دور القاضي المهم في توجيهم وإرشادهم إلى طلاق السنة فلا يقتصر دوره على إثبات الطلاق المحرم[3]، بل على القاضي أن يدل المطلق على سنة الطلاق و توضيح ذلك له، و إلزامه بإيقاع الطلاق و فق السنة وعدم إيقاعه على الوجه المبتدع، وهذا من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر المنوط بالقاضي عندما يحصل التقصير من الناس عامة، أو نجد رجل طلق و يريد إثبات ذلك، فإن كان قد طلق على البدعة في وقت الطلاق فيجب إرجاع زوجته لحديث إبن عمر رضي الله عنهما[4].

إن تبين أن الزوج طلق على البدعة ينبغي على القاضي أن يعلمه على حسب حاله ليتقيد بأحكام الشريعة الإسلامية[5] ، إستناداً لقوله تعالى:" ***وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ***"[6]، وقال عز و جل أيضًا :" ***وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا*** "[7]، وقال تعالى:" ***ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا*** "[8]، و في **الصحيحين من**

---

[1]- بن مولود ياركي محمد علي، الإجراءات في إنهاء حالات الطلاق الثلاث – دراسة ميدانية في محكمة الأحوال الشخصية بالرياض، **مجلة العدل**، عدد 55، الرياض، 1433 هجري ،ص 86.

[2]- المرجع نفسه، ص 86.

[3]- بن ابراهيم الأصقه سليمان، دور القاضي في إثبات الطلاق، **مجلة العدل**، عدد 27، 1426 هجري، ص 163.

[4]- المرجع نفسه، ص 163.

[5]- المرجع نفسه، ص 163.

[6]- سورة البقرة، الآية 230.

[7]- سورة الطلاق، الآية 1.

[8]- سورة الطلاق، الآية 2.

حديث سالم : " إن عبد الله بن عمر –رضي الله عنهما – أخبره أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك **عمر – رضي الله عنه** - **لرسول الله صلى الله عليه وسلم** فتغيظ فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال: ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها طاهرًا قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمره الله عز وجل" وإن النبي صلى الله عليه وسلم تغيظ من ذلك ثم قال ما قال.

و في سنن النسائي عن **محمود بن لبيد رضي الله عنه** قال: " أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال : أيلعب بكتاب الله و أنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقتله؟، فنلاحظ أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم غضب غضبًا شديدًا و تكلم بكلام شديد على من طلق على غير الوجه الشرعي، وجعل ذلك من اللعب بكتاب الله وقد قال تعالى في سياق آيات الطلاق :"**وَلاَ تَتَّخِذُواْ آيَاتِ اللّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُواْ نِعْمَتَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ** [1].

فعلى القاضي أن يعض الزوج بشرع الله و يذكره بأحكام السنة و يبغضه في هذه البدعة، فيبين له أن الله قد حرم الطلاق في هذه الأوقات المذكورة و إن أراد أن يطلق إذا عزم الطلاق وفقا للسنة المطهرة، و يتربص بزوجته حتى يحل الطهر ولم يمسها لأن رغبة التسريح قد تتحول إلى رغبة في السكن و الاستقرار، وتكون النفوس حينئذ قد هدئت والخواطر قد صفت و كفى الله مآثم الطلاق، فهنا يجب على القاضي أثناء جلسة الصلح تطويع الناس لأحكام الله سبحانه خير من تطويع الشرع على حسب أهواء الناس و ملاذاتهم[2].

وصدق الله العظيم الذي يقول: " **وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُم بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَن ذِكْرِهِم مُّعْرِضُونَ** [3] ويقول القاضي **سليمان بن إبراهيم الأصقه** :"وكم هي من حالة يأتي إلي المطلق لا يريد أن يخرج من المحكمة و إلا و معه حكم الطلاق، و يقول قد طابت نفسي من هذه المرأة و فكرت كثيرًا و أنا مقتنع تماما بطلاقها، فأسأله عن طلاق السنة فيجيب أنه لا يعلم، فأعلمه و أبين له أنه يحرم عليه أن يطلق على البدعة، وأنه لا يمكن له كقاضي أن يثبت طلاقاً مبتدعاً، و أخبره أنه لا بد أن يتأكد من حال المرأة ، فيذهب و لايعود، ثم يتبين أن حاله مع زوجته عادت كما هي.

---

[1] - سورة البقرة، الآية 231 .

[2] - المصري مبروك، مرجع سابق، ص 135.

[3] - سورة المؤمنين، الآية 71.

أما إن أتى الرجل و قد طلق زوجته و يريد إثبات طلاقه السابق، و تبين لي أن طلاق بدعة فالسنة واضحة و صريحة في الأمر بإرجاع الزوجة و إيقاع الطلاق على السنة[1]، فيتحرى قاضي شؤون الأسرة أثناء فترة الصلح في طبيعة الطلاق الذي تلفظ به الزوج .وتفعيل القاضي ذلك في ممارسته القضائية لا يعد خروجًا عن ما طلبه المشرع الإجرائي في المجال الأسري، حتى يفسر الصلح على العودة والوفاق بينهما، ولا أن يهمل القاضي هذه التفاصيل، وكأنها لا تعنيه كون أن همه فقط إجراء الصلح، حتى يكون قد طبق النص و يحصل على محضر عدم الصلح، حتى لا يكون حكمه عرضة للطعن بالنقض، في حين أن مهمته وهدفه أكبر من ذلك[2].

ج:دور القاضي في الإرادة المعيبة في الطلاق:

لقد قيد الشرع الإسلامي الطلاق بضوابط خاصة صريحة و محددة في أحكام بأن جعل الطلاق على مراحل ثلاثة، وضوابط عامة لاستعمال هذا الحق كأن يصدر عن إرادة واعية جادة دون تزيف أو إكراه أو غضب أو انفعال، ومنع الهزل في الطلاق، كما جاء في حديث **الرسول صلى الله عليه وسلم** " **ثلاثة جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق والعتاق** " فقد ذكر الطلاق لأن لهذا الموضوع قدسية خاصة به جعلته لا يحتمل المزاح أو الهزل، ثم إن هذا الحق المقيد توقيعه في فترة معينة هي فترة طهر الزوجة لم يمسها فيه الزوج[3].

إن المشرع لم ينظم أحكام قانونية يعتمد من خلالها القاضي للتأكد من حالة وكيفية و زمن وقوع الطلاق، غير أنه لا يوجد ما يمنع من تفعيل نص المادة **(222)** من قانون الأسرة التي تنص " **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية .**" و بالإضافة أن قانون الأسرة لم يوضح موقفه من الأزواج الذي يقع طلاقهم والذين لا يقع طلاقهم، و إنما اكتفى بالنص على طلاق الزوج بإرادته المنفردة إذ جاء في نص المادة **(48)** من قانون الأسرة " **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ..."**، فالأزواج أقسام وتبعاً لذلك يكون الطلاق، فنجد الهازل والسكران، والمجنون، و الغاضب، و النائم والمخطئ والجاهل، والغافل و المكره، و والعاقل، و البالغ غير المكره...الخ، فالقانون لم يبين أي الأزواج يقصد والأصح أنه يقصد كل ما يصح عليه إطلاق اسم الزوج.

---

[1] - بن إبراهيم الاصقه سليمان، مرجع سابق، ص 169.

[2] - نعوم مراد، مرجع سابق، ص 124.

[3] - نصر الدين مبروك، مرجع سابق، ص 70.

نفهم ونستشف من المادة **(48)** أعلاه، أن الإرادة شرط لوقوع الطلاق في القانون الجزائري، و ذلك بقوله "**بإرادة الزواج** "العاقل البالغ غير المكره والذي تكون إرادته سليمة لطلاق، أما الهازل و الغافل والجاهل و المخطئ و المكره والذي اشتد غضبه كلهم فإن إرادتهم معيبة، فهل يعني هذا التقسيم تقييد للإرادة أم أنه لا يقصد ذلك (المشرع).

نلاحظ كذالك نص المادة **(49)** من قانون الأسرة تقصد العاقل البالغ غير المكره فقط لأن كل الأقسام من الهازل، المكره، و السكران، لا يريدون الطلاق و بالتالي يتم الرجوع عنه قبل أن يثبت أثناء محاولة الصلح و قبل الحكم بالطلاق هذا إذا رفع الأزواج دعواهم إلى القضاء، إذ منهم قطعا من لم تصح مرافعته إلى القضاء لعدم اعتبار قوله كالصبي و المجنون ، ومع هذا لا نستطيع أن ننسب هذا الحكم لقانون الأسرة لأنه ورد في المادة **(222)** من قانون الأسرة على أن كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى الأحكام الشريعة الإسلامية، و بالتالي لكي نعرف ما يتبناه هذا القانون لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي نجدها تزخر بالاختلاف بين الفقهاء، بين من لا يعترف بطلاق المجنون و الصبي، و بين من يتبنى طلاق الصبي دون طلاق المجنون، و يذهب الأستاذ **سعد فضيل** إلى القول :أنه من الأشخاص الذي لا يقع طلاقهم حتى و لو صرحوا به هم: المرعوب والمكره و السكران والغضبان و السفيه [1]. و لذا سوف لن نغوص في أحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن ونقتصر على بعض الآراء من جانب الفقه القانوني من خلال بعض الصور الطلاق الآتية:

- طلاق الغضبان:الغضبان هو الشخص الذي يعاني حالة الانفعال الشديد، الذي تلتهب فيه أعصابه ثم ينتابها التوتر و الضعف فتزول لديه قوة الإدراك، و عدم التميز فتخلط لديه معاني الكلمات التي بتلفظها أو التي يسمعها، فيؤخذ حكم المدهوش أو المرهوب و لو اختلف سبب فقد كل منهما أعصابه، فإن تلفظ بالطلاق فلا عبرة بقوله أو بفعله متى صدر منه و هو يعاني تلك الأزمة العصبية، وبهذا قال **الرسول صلى الله عليه وسلم** " **لا طلاق في إغلاق** " و يعني بالإغلاق ضيق أفق تفكير الشخص وحيث تنسد منافذ الرؤية العقلية عنده أثناء غضبه، في حين الطلاق لا تستعمله إلا الحكمة و التروي باعتباره حلاً وحيدًا لعلاج الوضع بين الزوجين، في حين في هذه الحالة ينعدم القصد إلى الطلاق .[2]

---

[1]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1989 ص 240 .

[2]- المرجع نفسه، ص 241 .

-طلاق المكروه: يقصد به من تلقى من جهة أجنبية عليه تهديدًا يلحق به ضررًا في ماله أو نفسه فيدفعه إلى قول أو فعل في ما ليس فيه رغبة، فيكون قوله أو فعله صادرين عن إرادة معيبة، وواضح أن المشرع قال عن الطلاق أنه يقع بإرادة الزوج، ومن كانت إرادته ناقصة أو معدومة فلا يقع طلاقه و هذا رأي جمهور الفقهاء فقد ذهب مالك و أحمد و الشافعي أن طلاق المكروه لا يقع. وعلى هذا كان العمل في عهد الصحابة الذين لم يثبت عليهم أنهم أفتوا بوقوع الطلاق المكره تأصيلاً و تطبيقًا لحديث النبوي الشريف الذي قال فيه **الرسول صلى الله عليه وسلم**:" **رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما إستكلفوا عليه** "، وعليه فالقانون الجزائري يسير على هذا الحكم، فمتى كان التصرف صادرًا تحت تأثير سلطان رهبة بينة كان باطلاً [1].

- طلاق ناقص الأهلية : تنص المادة **(43)** من القانون المدني " **كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذاغفلة يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون** "، وسن التمييز هو ثلاث عشر **(13)** سنة وفق المادة **(42)** من نفس القانون، وسن الرشد هو تسع عشرة **(19)** سنة حسب المادة **(2/40)** من نفس القانون.

وبالتالي يدخل في مفهوم ناقص الأهلية المميز الذي بلغ ثلاث عشر **(13)** سنة وكذا السفيه وذا الغفلة. وقد يفهم من نص المادة **(2/7)** من قانون الأسرة أن للقاصر أن يوقع الطلاق و يباشر إجرائته بنفسه بنصها "**يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق و إلتزامات**" المادة ترشد القاصر و تمنحه أهلية التقاضي فيما يخص آثار الزواج من حقوق و إلتزامات، و ليس إيقاع الطلاق ومباشرة إجراءاته، و الراجح في المسألة أن يعمل بما ورد في نص المادة **(437)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص أنه عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة فصفة "**ناقص الأهلية**" الواردة في نص هذه المادة مفرد مضاف، والمفرد المضاف يفيد العموم يدخل في كل ما يندرج تحت مسماه.

وبالتالي فإنه إذا كان أحد الزوجين ناقص الأهلية كان مميزًا أو سفيهاً أو ذاغفلة، فإن طلب الطلاق يرفع باسمه على أن يتولى ذلك الولي أو المقدم المعين من طرف المحكمة، وهذا يشكل حماية للقاصر من نفسه، و ليس تقيدًا لحريته حتى لا يهدم صرح الأسرة التي بناها بعمل قد يشوبه هوى أو طيش.[2]

---

[1] - فضيل سعد، المرجع نفسه، ص 243 .

[2] - عيدوني عبد الحميد، مرجع سابق، ص 152.

فإذا باشر القاصر الدعوى بنفسه دون وليه فإن القاضي يراقب ذلك، و إن المادة **(64)** قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعتبر الأهلية لدى أطراف الدعوى شرطاً لصحة الإجراءات، يترتب على تخلفها البطلان و الأهلية المقصودة هي أهلية التقاضي[1]، أما عديم الأهلية فلكي يكون كذلك في نظر القضاء لا بد من صدور حكم يقضي بالحجر عليه، أما إذا لم يصدر حكم نهائي بالحجر عليه، فله أن يرفع دعواه وفي هذا الشأن صدر قرار غرفة شؤون الأسرة و المواريث بتاريخ **2014/12/11** بالمحكمة العليا يقضي بما يلي:

"**إن الطاعنة طالبت أمام المحكمة إرجاء الفصل في طلب المطعون ضده الرامي إلى طلب الطلاق إلى حين الفصل في طلب الحجر المسجل من طرفها، وذلك و فقًا لأحكام المادة (59) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إلا أن قاضي الدرجة الأول لم يستجيب إلى ذلك و لم يتحرى عن أهلية المطعون ضده، لأن الطلاق تصرف يتطلب الأهلية الكاملة، واستند القاضي الأول إلى أن الطاعنة لم تقدم ما يثبت مرض المطعون ضده، مع أنها قدمت قرائن تتمثل في تصرفاته خلال العشر سنوات الأخيرة وكانت مستعدة لإحضار الشهود، و أضافت الطاعنة أن القاضي استند إلى شهادة العمل التي لا تعتبر وثيقة طبية لإثبات الأهلية، لا سيما و أن المطعون ضده تقاعد منذ خمس سنوات .**

حيث أنه يتبين أنه بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، أن المحكمة ردت على طلبات الطاعنة ودفوعها، بما فيه الكفاية، سواء بالنسبة لإرجاء الفصل أو أهلية المطعون ضده، ما دام أنه لم يصدر حكم نهائي بالحجر على المطعون ضده، و عليه فإن هاذين الوجهين غير مؤسسين و يتعين رفضهما و رفض الطعن ."[2]

-طلاق السكران: السكران هو الذي أذهبت عقله نشوة الخمر أو الكحول مهما كان السائل الذي تناولها و يدخل في حكمه الحشيش أو الكيف الذي يؤثر على القدرة العقلية للشخص أكثر مما يؤثر عليه الخمر، ولقد اختلف الفقهاء في طلاق السكران :فقال أبو حنيفة أنه يفرق بين حالتين بالنسبة للسكران، فأما عن **الحالة الأولى:** أنه يسكر بمحضور كالخمر و الحشيش و على نحو ذلك، ففي هذه الحالة إذا تلفظ بالطلاق يقع طلاقه لأن السكر بالمحظور لا يعدم مسؤولية السكران فيكون جزائه ترتيب طلاق على أقواله لعله ينتهي بعد صحوته على هذه النتائج الثقيلة.

[1] - فاضل أحمد، مرجع سابق، ص 23.

[2] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0988745، مؤرخ في 2014/12/11، قرار **غير منشور**.

أما عن **الحالة الثانية**: أن يسكر بمحظور للتداوي أو للتخذير وتلفظ بالطلاق تحت تأثير مفعول المخدر فلا يقع طلاقه، و خالفه الأئمة الثلاث في الرأي فقالوا بعدم وقوعه حتى لو سكر بمعصية أي مهما كانت الأداة التي أسكرته، بغض النظر عن حكمها فلا يقع طلاقه و ذلك ما كان عليه الصحابة من قبل، وواضح أن عدم تطبيق مذهب أبي حنيفة أفضل لأن توقيع الطلاق السكران كان عقابا فهو ليس منطقياً طالما أنه صادر على غير وعي، أو مسؤولية التي مناطها التميز و الإدراك، و حيث ينعدم التميز تنعدم المسؤولية ولذاك لا يقع طلاق السكران، بل إن عدم القول به يحقق وحدة شمول الأسرة بل أن الكثير من المدمنين على الخمر يعودون إلى الصواب و طاعة الله، فلو قبل القاضي طلاقهم قد يكون ذالك سبب لهم على الاستمرار في السكر و على ذلك فلا يقع طلاق السكران ديناً و قانوناً[1].

- طلاق الهازل : هناك مبدأ قانوني متعارف عليه مضمونه لا اجتهاد في ما ورد فيه نص، و هذا هو الذي ينطبق على الهازل فمتى نطق بالطلاق و قع منه ذلك، لورود النص في قول **الرسول صلى الله عليه وسلم**: "**ثلاثة جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق والعتاق**"، و لهذا اتفق الأئمة الثلاث أن الطلاق الهازل يقع بينما ذهب أحمد إلى غير ذلك بعدم وقوعه مؤسسا ذلك على القصد و حيث انتفى القصد انتفى وقوع الطلاق [2].

- طلاق المضطرب نفسانيا:تعرف الإضطربات النفسية، بأنها مجموعة الإنحرفات التي لا تنجم عن علة عضوية أو تلف في تركيب المخ، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع لم يأتِ بأحكام خاصة بطلاق المضطرب نفسيا، إلا و أنه بالرجوع إلى أحكام نص المادة **(450)**من من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تمنح للقاضي صلاحية التحقيق باتخاذ كل التدابير الضرورية، للتأكد من إرادة الزوج وسلامتها لدى طلب الطلاق، فللقاضي سلطة تقديرية بأن ينتب طبيباً نفسياً للتأكد من المرض النفسي الذي دفع الزوج إلى طلب الطلاق، ومدى تأثير هذا المرض على إرادة طالب الطلاق[3]، وفي نفس السياق تنص المادة **(432)** من نفس القانون أنه "**لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم وأظهر عليه إختلالات في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إراداته**".

فإذا لاحظ القاضي في جلسة الصلح أن الزوج طالب الطلاق يعاني من إختلالات عقلية، و الزوجة تتمسك بالعلاقة الزوجية، لأن رافع الدعوى قد لا يحضر معه وليه أو مقدمه، ويكتشف القاضي أن

---

[1]- فضيل سعد، مرجع سابق، ص 242 .

[2]- المرجع نفسه، ص 243 .

[3]- عيدوني عبد الحميد، مرجع سابق، ص 153.

الزوج غير سوي من خلال تصرفاته وسلوكاته، فيسأله عن سنه واسمه و تاريخ ومكان ازدياده، فإذا لم يجب أو عجز عن الإجابة ومن جهة أخرى يسأل الزوجة إن كان مريضاً أو يعالج أو هل له ملف طبي، أو إذا كان له بطاقة معوق، ولقد نصت نفس المادة على أنه " ، **يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص** "، كون القاضي غير مختص ليصرح بأن الزوج مريض فهي مسالة غير قانونية بل هي مسألة فنية تدخل في اختصاص الطبيب الخبير، وإذا تبين أنه مريض كأن يكون مختلا عقليا ، يطبق النص القانوني ولا يحكم له بالطلاق لأنه منعدم الإرادة ،لأن نص القانون صريح ويخص ناقص الأهلية فقط الذي له الحق في أن يطلق ، أما عديم الأهلية والمحجور عليه ومن هو بصفة عامة تحت وضع التقديم لا يمكن له ذلك، وحتى الولي لا يمكن له أن يرفع دعوى طلاق لا يوجد نص يبرر له ذلك.

لكن المعمول به في القضاء عندما ترفع الدعوى ضد المحجور عليه ينوبه الولي أو المقدم، لأنه إذا كان تحت وضع التقديم أو أنه كان في اختلال القدرات الذهنية فهنا ليس له أصلا إرادة و لا مجال للصلح هنا و لا يمكنه أن يقدم طلب لانعدام الإرادة و بالتالي يحكم بعدم قبول بسبب قيام أحد هذه المانعين [1].

فجلسة الصلح التي يجريها القاضي، تمكنه من التأكد من إرادة الزوج باعتبار أن الطلاق هو تصرف خطير يجب أن يستعمل بحذر و للضرورة القصوى جدا و بذلك الذي يوقع طلاقه يشترط أن يكون مؤهلا فإذا صدر لفظ الطلاق عن زوج مجنون لا يكون له أي قيمة قانونية إذ لا يرتب أي أثر يعتد به، لأن الطلاق من أخطر التصرفات يحتاج إلى عقل سليم لكي يرتب الشارع علية الآثار اللازمة، ولا يكون الزوج غير متتمع بقواه العقلية ولا محجور عليه من جهة فالزوج الموقع للطلاق يجب أن يكون سليم الإرادة فلا يتعرض لإكراه من أي جهة و ذلك، لأن الإكراه يعدم الإرادة و غياب هذه الأخير يجعل التصرف باطلا، لأنه ليس تحقيقا لغرض شرعي من الطلاق الذي هو علاج و ضعية استثنائية شاذة في حياة الزوجين وإنما لدفع نتائج محتملة التي قد يتعرض لها المكره إن لم ينطق بالطلاق ، فتكون النية غائبة .

وبعدما تم تبيان دور القاضي في الصلح عند الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة، نأتي الآن إلى معرفة خصوصية تعامل القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين، وذلك من خلال المطلب الثاني التالي.

---

[1]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 76 .

المطلب الثاني

دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين

خص المشرع الطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة **(48)** من قانون الأسرة بإجراءات خاصة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و هذا لاختلافه عن حالات فك الرابطة الزوجية الأخرى، سواء من حيث الطبيعة القانونية للحكم الصادر فيه وعلاقته بالصلح(**الفرع الأول**)، وكذا بالنظر إلى خصوصية محاولات الصلح فيه(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالتراضي بين الزوجين وعلاقته بالصلح

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بتراضي الزوجين. فقد فسر الأستاذ **لمطاعي نور الدين**: "أن الطلاق بالتراضي لا يكون له أي أثر إلا إذا تقدم الزوجان بطلب مشترك للقاضي من أجل فك الرابطة الزوجية، ومن ثم لا يكون له وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بفك الربطة الزوجية بالطلاق بالتراضي ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد، فيكون حينها إذن الحكم الصادر بشأنه حكما منشئا، على عكس الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يكون الحكم فيه كاشفا لواقعة الطلاق لا منشئا لها.[1]

وترى الأستاذة **بن عزي هجيرة**:" الطلاق بالتراضي هو توافق إرادتي الزوجين معا على رفع قيد النكاح الذي يجمعهما، ووضع حد لعلاقاتهما دون تشجنات أو مزيدات وكذا الاتفاق على الآثار المترتبة عنها، غير أن مجرد اتفاق الزوجين على الطلاق لا ينهي الرابطة الزوجية، بل أن هذا الأثر يظل رهيناً بصدور حكم من المحكمة .[2]

في حين ذهب الأستاذ **فضيل سعد** إلى:" أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ من قبل نتيجة اتفاق الزوجين عليه فإن الحكم بالطلاق في هذه الحالات يأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل، ولم يقم إلا بدور كاشف للطلاق ومن أمثلة الحكم الكاشف أن يتفق الزوجان على الطلاق طبقاً لأحكام المادة **(48)** من

---

[1] -لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير،مرجع سابق..

[2] - هجيرة بن عزي، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة و العمل القضائي، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، المغرب، السنة الجامعية 2008-2009، ص11و 51.

قانون الأسرة[1]، سايره الأستاذ **لحسين بن الشيخ آث ملويا** بقوله:" الحكم الصادر بالطلاق بتراضي الزوجين طلاق بائن، لأنه صدر بموجب حكم قضائي[2]، يقضي بالإشهاد للطرفين على طلاقهما بالتراضي فالقاضي لم ينشأ الطلاق، بل الطرفان هما اللذين أوجداه إلى خيم الوجود، و لم يكن دور القاضي إيجابياً بل اكتفى بالإشهاد لهما بذلك، فحكم القاضي مقرر للطلاق و ليس منشيء له[3].

بينما يرى الأستاذ **عمر زودة** : "أن الطلاق بالتراضي لا وجود له في الشريعة الإسلامية وإنما هو فكرة جاء بها المشرع نتيجة تأثره بالشريعة الغربية[4]، أي القانون الفرنسي و ذلك من خلال مشروع قانون الأسرة لسنة **1958**، أين ورد هذا النوع من الطلاق، ويرى أنه لا يوجد طلاق بالتراضي (بمفهوم تراضي الإرادتين) و إنما يوجد طلاق يملكه الزوج كون العصمة بيده فالطلاق حق له، و لما يقرر الزوج أن يستعمله لا يحتاج إلى موافقة الزوجة،.

عندما يمارس الزوج حقه في الطلاق بناء على إرادته لا يحتاج إلى مشاركة الزوجة فهو حق إرادي و ليس مشترك فهو ليس حق يقابله التزام فهو حق مقرر حصرا للزوج والزوجة طرف سلبي في الرابطة تخضع للأثر و بالتالي يطلق بناء على إرادته، و بعد الطلاق تبقى قضية توابع فك العصمة التي هي محل الاتفاق والتراضي مثلا: الحضانة والنفقة، والسكن و يكون الطلاق في حد ذاته بموجب قرار و لائي و ليس بواسطة بحكم ، لأن ليس فيه منازعة ، أما عن توابع فك العصمة تكون بموجب حكم قضائي[5].

بعد ما تم التطرق إلى مختلف الآراء الفقهية نخلص إلى القول أن الطلاق بالتراضي هو طلاق منشئ، إذ يقدم من خلاله الزوجين عريضة مشتركة و القاضي هو من يطلق بواسطة الحكم القضائي وبالتالي لا يتناقض مع مبدأ العصمة بيد الزوج، وأن الطلاق بالتراضي ليس تراضي على توابع العصمة من نفقة وحضانة وإنما هو تراض واتفاق على فك الرابطة الزوجية، وكذا آثارها وتوابعها على خلاف ما ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الطلاق بالتراضي هو طلاق الزوج بإرادته طبقا للحق الإرادي.

---

[1]- فضيل سعد، مرجع سابق، ص339و 340.

[2]- بن الشخ اث ملويا احسين، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 255.

[3]- المرجع نفسه، ص 257.

[4]- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 114 .

[5]- عمر زودة، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، 2013_2014.

أما التراضي فينصب على توابع فك العصمة فقط، فهذا القول غير صحيح لأنه لو سلمنا جدلاً أنه طلاق بالإرادة المنفردة معناه فك الرابطة الزوجية يكون بناء على إرادة واحدة[1]، في حين الأمر يتعلق بمركزين (مركز الزوج ومركز الزوجة)، صحيح أن القول انه في الشريعة الإسلامية ليس لدينا هذا النوع من الطلاق[2]، لكن في نفس الوقت لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وأنه يسمح للزوجين بالمفارقة في مدة معقولة فيفترقان بالإحسان كما اجتمعا عليه[3]، وإن كان هو يشبه صيغة الخلع لكن بالاتفاق على فك العصمة الزوجية، لكن يختلف عن الخلع كون هذا الأخير يكون الاتفاق مقابل بدل.

ويكون الخلع بدون سبب أو تقصير من الزوج، أما التطليق بسبب تقصير الزوج ، لكن في الطلاق بالتراضي يتطلقان وفق شروط أو بدونها سواء فيما يخص الشق المتعلق بالعلاقة الزوجية أو الشق المادي و المعنوي كحضانة الأولاد، وكلمة التراضي تساوي توافق إرادتين إرادة الزوج ونضيف لها إرادة الزوجة، الإرادة، الأولى هي الإيجاب و الإرادة الثانية هي القبول و ينتج في النهاية التراضي فيسمى الطلاق بالتراضي(رضا الزوج و الزوجة).

حيث نجد المحكمة العليا تؤكد على ضرورة وجود إرادة الزوجة لاعتباره طلاق بالتراضي، وإلا فهو طلاق بالإرادة المنفردة لزوج، وهو ما توضحه حيثيات القرار التالي:" **...حيث إن المحكمة اعتبرت موافقة الطاعنة على طلب المطعون ضده على الطلاق بمثابة طلاق بالتراضي، مع أن أحكام الطلاق بالتراضي تنظمه أحكام المواد 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي أحكام خاصة تبتدئ بعريضة وحيدة موقعة من الطرفين تودع بأمانة ضبط المحكمة...، وحيث انه لذالك فلا يمكن اعتبار رد الطاعنة أثناء جلسة**

[1]- منذ الوهلة الأولى يتبين أن هناك اختلافا بسيطا من حيث المفهوم بين صورة الطلاق بالتراضي و صورة الطلاق بالإرادة المنفردة، والاختلاف يكمن في موافقة الزوجة على الانفصال، حيث في الطلاق بالإرادة المنفردة يلجأ إليه حتى في ظل رفض الزوجة له، فإرادتها ليست محل اعتبار وتوافرها من عدمه لا يغير من الأمر شيء ويضيف القول أن توحيد إرادة كلا من الزوج و الزوجة على الطلاق مع الموافقة على أثاره يحول القاضي إلى موثق يوثق إرادة الطرفين في حكم يعد إشهادا لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة ولا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إشهاد **أنظر** : باديس ذيابي مرجع سابق، ص 24 و25 .

[2]- غير انه جاء في قرار عن مجلس قضاء تلمسان أن أصل الطلاق بالتراضي هي الآيات 127و 129 من سورة النساء لقوله تعالى: " **وما تفعلوا من خير فان الله كان به عليما** "، سورة النساء الآية 127، وقوله تعالى أيضاً " **وان تصلحوا و تتقوا فان الله كان غفور رحيما وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما** " الاية 129 من سورة النساء ، **أنظر:**عيدوني عبد الحميد، مرجع سابق، ص 146.

[3]-عيدوني عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 147.

الصلح بموافقتها على الطلاق بمثابة طلاق بالتراضي، لأنه لا يعقل أثناء جلسة الصلح وعندما يتمسك المطعون ضده بالطلاق، إن تقوم الطاعنة وتتوسل إليه لكي يرجعها إلى بيت الزوجية، ومن ثم فإن رد الطاعنة بالموافقة على الطلاق، لا يعفي المحكمة من التطرق إلى دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للمطعون ضده وترتيب الأثار القانونية على ذالك[1].

يقتضي الطلاق بالتراضي أن لا نقصي و لا نهمل إرادة الزوجة[2]، و إعمال فقط إرادة الزوج على أساس أنه طلاق بالإرادة المنفردة وأنه من يملك العصمة وأنه عبر عن إرادته وعرضها، في حين يمكن أن تكون الزوجة هي من عرضت فكرة الطلاق بالتراضي و الزوج وافقها، فلا يصح أن نقول من هذا الوجه تطليق أو خلع، لأن الزوجة من بادرت إليه فهو طلاق بإرادتين و لا يهم ممن صدر الإيجاب أو القبول، ومن جهة أخرى ما يؤكد أنه طلاق بالتراضي قد يحصل وان يكون هذا الطلاق مقترن بشروط ففي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يرفضها، فهل يتطلق الزوجين بدون تلك الشروط ؟،مؤكد أن أحد الزوجين أو كلاهما سوف يرفض الطلاق لأنه لم يقبل الفكرة إلا بهذه الشروط، و بالتالي لا يصبح هنالك طلاق.

نخلص إلى أنه لا يوجد طلاق بإرادة الزوج أو حتى بإرادة الزوجة وإنما هو طلاق بإرادة مشتركة لكلا الزوجين، إذ الحكم هو حكم منشئ من طرف القاضي، أما من فسر الطلاق بالتراضي بأنه طلاق الزوج و أن التراضي انصب على توابع فك العصمة هو قول من اختلط عليه الأمر، و لم يميز بين الإرادة المنفردة للزوج و إرادة الزوجين و أهمل إرادة الزوجة، في حين الطلاق بالتراضي يوجد اتفاق على حل الرابطة الزوجية بينما في طلاق الزوج لا يوجد اتفاق، وعليه فالتراضي يكون بناء على إرادتين اتحدتا على ترتيب بحيث لا تقصى إحدى الإرادتين، لأن غياب أحد الإرادتين يؤدي إلى رفض طلب الطلاق فلو يفسر طلاق الزوج بأنه اتفاق على توابع فك العصمة كما يعتقد البعض، معناه يوجد طلاق و يقتصر دور القاضي على كشف إرادة الزوج.

لكن في هذه الحالة الطلاق بالتراضي لا وجود و لا أثر له إلا من يوم صدور الحكم به، فالحكم بالطلاق بالتراضي و إنشائه يكون من طرف القاضي و في نفس اللحظة، ولا ننسى أن للقاضي أن يلغي

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة و المواريث، قرار رقم 0813942 ، مؤرخ في2013/06/13، **غير منشور**

[2] -لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع قانون الأسرة، مرجع سابق.

ما ورد في الاتفاق إذا تعارض مع مصلحة الأولاد أو خالف النظام العام[1]، فيكون بذلك طلاق مقيد بشروط أو بدونها.

أما بخصوص السند القانوني للصلح في دعوى الطلاق بالتراضي، لا وجود لموقف المشرع الجزائري بشأنه، بحيث لا نجد أي نص يشير صراحة إلى ذلك لا في قانون الأسرة ، و لا في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى.

فكان القضاء يطبق نص المادة **(17)** من القانون السالف الذكر، والتي كانت تجيز الصلح في جميع المواد بما فيها قضايا شؤون الأسرة فيما يخص دعاوى الطلاق، بل وبعد صدور قانون الأسرة بادر القضاء إلى تطبيق نص المادة **(49)**منه و تعميمها على كل طرق فك الرابطة الزوجية و بما فيها الطلاق بالتراضي، غير أنه بموجب صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي أورد ضمن الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة، و لاسيما في إجراءات الطلاق نص المادة **(431)** منه التي تشير صراحة و لأول مرة بإعطاء القاضي صلاحية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ممكنا، في دعوى طلاق بالتراضي فالمشرع خص المادة **(49)** من قانون الأسرة بصورة واحدة من صور فك الرابطة الزوجية ألا وهي الطلاق بالإرادة المنفردة.

غير أن رجال الفقه والقانون عمم هذا النص و طبقه على جميع طرق فك الرابطة الزوجية، بأن فسروا نص المادة **(49)** تفسيرًا واسعًا وأعطوا النص أكثر مما يحتمل[2]، بل حتى القرارات القضائية للمحكمة العليا طبقت نص المادة السالفة الذكر وعمدت إلى تطبيق نص المادة **(50)** من نفس القانون على الرجوع في الطلاق بالتراضي الذي هو طلاق بائن و ليس طلاق رجعي، لأنه لا يصدر إلا بموجب حكم قضائي[3]، ومن بينها نجد قضاء المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ **18 جويلية 1988** جاء فيه:**"من المقرر قانوناً أن الرجوع في حالة الطلاق بالتراضي لا يصح إلا بعقد جديد ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون،.ولما كان ثابت في قضية الحال أن المجلس لما قضى بالرجوع رغم أن**

---

[1] - بوزيد وردة، مرجع سابق، ص42 .

[2] - ترى الأستاذة بوزيد وردة: أن نص المادة **(49)** يسري على جميع طرق انحلال عقد الزواج لذلك لن يكون الطلاق بالتراضي استثناء لان هناك اتفاق متبادل، بل يجب النظر مرة أخرى في مدى صلاحية الحياة الزوجية للبقاء و إيجاد خيط من المودة والرحمة ولو كان رفيع ، **أنظر:** بوزيد وردة ، المرجع نفسه، ص42.

[3] - بن الشخ اث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص 255.

الطلاق بالتراضي خالف أحكام المادتين (48) و(50) من قانون الأسرة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه..."[1].

يمكن القول بأن الغموض أو الإشكال قد زال مبدئياً فيما يتعلق بالأساس القانوني لمحاولات الصلح في الطلاق بالتراضي، بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي جاء بأحكام إجرائية تضبط الصلح في جميع الدعاوى بما فيها نص المادة (**431**) منه التي تشير صراحة و لأول مرة بإعطاء القاضي صلاحية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ممكنا،لأن الصلح المنصوص عليه في المادة (**49**) ليس له علاقة بالطلاق بالتراضي حتى يكون القانون الموضوعي منسجما مع القانون الإجرائي وخير دليل تنظيم المشرع لإجراءات الطلاق بالتراضي في قسم مستقل عن إجراءات طلب الطلاق من احد الزوجين[2].

ما يذهب إليه تطبيق المحكمة العليا هو خطأ شائع فالمادة (**49**) تخص طلاق الزوج بإرادته المنفردة، أما عن الطلاق بالتراضي خصه المشرع بنص المادة (**431**) فلا يطبق عليه نص المادة (**49**) و إلا لماذا المشرع ينص على الصلح في أكثر من موضع ؟ بالإضافة لو نقارن مع نصوص مدونة الأسرة المغربية، نجد كل حالة طلاق أو تطليق أو خلع أو طلاق الاتفاقي إلا و لها نص يخص إجراءات الصلح أو على الأقل ان المشرع المغربي يحيل إلى تطبيق مواد المتعلقة بالصلح، وهو ما لم يفعله

---

[1] - **"حيث للوصول إلى النقض استند الطاعن على سبب وحيد مأخوذ من مخالفة المواد 48 و49 و50 من ق.الأسرة والقصور في التعليل وانعدام الأساس القانوني فيما أن القرار المطعون فيه قضى باستئناف الحياة الزوجية.في حين أن الطلاق تم بين الطرفين بالتراضي ويحكم حاز قوة الشيء المحكوم به، وأنه من المقرر واجتهاد المحكمة العليا أن المراجعة في حالة الطلاق لا تصح إلا بعقد جديد حيث طلب نقض القرار. حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية لذلك فهو مقبول شكلاً. عن الوجه الوحيد: المأخوذ من خرق المواد 48 و49 و50 من ق.الأسرة حيث يوجد بالفعل نسخة من حكم الطلاق بالتراضي من محكمة باب الوادي بتاريخ 23 من شهر أكتوبر 1984.حيث أن المستأنف عليه أمام المجلس المشار في ص 1فضلاً الالتجاء إلى محكمة باب الوادي لطلب الطلاق بالتراضي وهذا الطلاق سجل بالحالة المدنية. حيث يتضح أن المجلس خالف المواد رقم 48 و49 و50 من ق.الأسرة وما فائدة حكم بالرجوع ما دام وقع الطلاق بالتراضي ويتضح مما سبق أن قضاة الموضوع خالفوا المواد المذكورة من قانون.الأسرة لذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه والحكم معا والمؤرخ في 24 جوان 1984 وبدون الإحالة "** __انظر__: المجلس الأعلى،عن غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 49857، مؤرخ في 1988/07/18، __**المجلة القضائية**__ ، عدد 03، 1992، ص 50 وما بعدها .

[2] - __**انظر**__: القسم الثالث، المواد (**427**) إلى (**435**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المشرع الجزائري[1]، وإن كان نص المادة **(439)** فيما يخص إجراءات الصلح جاء عاما يطبق على صور فك الرابطة الزوجية.

يجب على المشرع أن يتدخل و يعدل النصوص الموضوعية حتى تنسجم مع النصوص الإجرائية. وبما أن طبيعة الحكم منشئ فالقاضي ليس مقيدا بمدة أو ضابط زمني معين لإجراء الصلح من جهة[2]، ومن جهة أخرى لا يوجد فك الرابطة الزوجية طيلة رفع الدعوى وبالتالي لا مجال للحديث عن العدة، لأن هذه الأخيرة لا تترتب إلا بعد صدور حكم قضائي على خلاف ما هو عليه الوضع في طلاق الزوج الذي تكون العدة من تاريخ نطق الزوج، وليس عند رفع الدعوى ومادامت العدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم القضائي للقاضي أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر، لأن العدة والحكم وفك الرابطة الزوجية ينشؤون في نفس اللحظة، فتنقضي العلاقة الزوجية و تترتب عليها عدة، لكن لا تؤثر على أي شئ فلا تجعل من العلاقة الزوجية قائمة حكماً كما هو عليه الحال في دعوى طلاق الزوج، .و بالتبعية لا علاقة لها بالمادة **(50)**من قانون الأسرة ، لأن المشرع لم يقصد إذا تراجعا الزوجين عن طلب الطلاق أثناء محاولة الصلح، .و لابد من التنبيه أن العدة المنصوص عليها في المادة **(58)** من قانون الأسرة[3] تخص عدة الطلاق الرجعي فقط، ، ولم يقصد بها المشرع أبدًا عدة الطلاق بالتراضي[4] .

---

[1] - انظر في ذلك المواد **(81)** و **(82)** و فيما يخص الطلاق المادة **(113)** في دعاوى التطليق المادة **(114)** في دعاوى الطلاق ألاتفاقي أو في الخلع بحيث تنص المادة **(114)** من المدونة المغربية :" **يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، و لاتضر بمصالح الأطفال ...**" نقلا من المدونة الأسرة المغربية .

[2] - وإن كان نص المادة **(442)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نص على **:" ... يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى ...**"

[3] فالبنسبة للطلاق بالتراضي المشرع لم يبين أحكام عدة الطلاق بالتراضي و لا يمكن تطبيق أحكام المادة **(50)** على هذا النوع من طرق فك الرابطة الزوجية كون طلاق القاضي طلاق بائن، **أنظر:** لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 69 .

[4] - فالأولى يمكن للزوج أن يراجع زوجته بدون عقد جديد عكس الأنواع الأخرى لأن الطلاق الأول رجعي بينما الأنواع الأخرى طلاق بائن، الأول يتلفظ به الزوج بينما الأنواع الأخرى تكون بيد القاضي، فالأول يكون بموجب حكم يقرر المركز بينما في الأنواع الأخرى الحكم يعتبر منشئا، و كما أن تاريخ بداية سريان حساب مدة عدة الطلاق الرجعي تبدأ من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق، بينما بداية تاريخ سريان حساب العدة المتولدة عن الطلاق بالتراضي تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق بالتراضي وفي الطلاق البائن ينتهي عقد الزواج، **أنظر:** لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على==

بعد ما تم التطرق إلى الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالتراضي وعلاقته بالصلح، الآن يقتضي الأمر تخصيص فرع كامل، لتبيان خصوصية محاولات الصلح في دعاوى الطلاق بالتراضي وهو ما سيتم التطرق إليه، من خلال الفرع الثاني التالي.

الفرع الثاني

خصوصية محاولات الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي

نظًرا لخصوصية العلاقات الأسرية ولحساسية القضايا المرتبطة بها، فإن المشرع الجزائري و سعيا منه للحفاظ على استقرا الأسرة التي يتهدد كيانها بظاهرة انحلال الرابطة الزوجية، عمل على استحداث أحكام خاصة بالطلاق بالتراضي استجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان إشهار أسباب النزاع بينهما عن طريق إجراءات قضائية قد تطول، فيظهر بأن هذا النوع من الطلاق لا يثير أي إشكال لأن القاضي ليس له، إلا توثيق و إثبات الطلاق غير أن هذه الفكرة ليست صحيحة على إطلاقها[1]، بحيث جعل المشرع الطلاق، يتم تحت رقابة القضاء، لتكون إجراءاته وجميع خطواته المتطلبة قانوناً تحت رقابة القاضي، الذي يملك سلطات واسعة في ذلك، ليتدخل من أجل القيام بالدور القانوني و الاجتماعي المتاح له أمام حرية الزوجين في إيقاع هذا النوع من الطلاق، فاتفاق الطرفين لا يكون بمعزل عن رقابة القاضي لإرادتهما، و مدى احترام شروط الطلاق للنظام العام، و مصلحة الأولاد والأمور المرتبطة بآثار الطلاق قصد حماية الطرف الضعيف، و لاسيما الأطفال و كما منحه المشرع دوًرا فعالاً في تمحيص وفهم الاتفاق المبرم بين الطرفين وإمكانية تعديله أو إلغائه .

وبذلك خص المشرع قانون الإجراءات المدنية بإجراءات وأحكام خاصة للطلاق بالتراضي، التي يجب على القاضي مراعاتها بداء بمراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها **(أولاً)** ثم الاستماع إلى الزوجين والتأكد من رضا الزوجين **(ثانياً)** ثم بعد ذلك محاولة إصلاح ذات البين ما أمكن إصلاحه **(ثالثاً)**، كما أعطى القاضي دوًرا فعالاً في مراقبة القاضي مدى مراعاة الاتفاق للنظام العام ومصلحة الأولاد **(رابعًا)** وأخيًرا تبيان حكم بالطلاق بالتراضي **(خامساً)**.

==الأحكام القضائية، المرجع نفسه، ص 68، وص 72، وهو ما يؤكده قرار المحكمة العليا: " **من المقرر قانونا ان الطلاق يمكن ان يتم بتراضي الزوجين .و لما كان من الثابت - في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لما قضوا برجوع الزوجة رغم أن الطلاق و قع بينهما و تم إثباته بحكم وبقضائه كما فعلوا خالفوا القانون** "، **انظر:** المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 1988 مؤرخ في 1988/7/18، **المجلة القضائية**، عدد 01، 1992، ص 37.

[1] - حمليل صالح، مرجع سابق، ص 12 .

أولاً - مراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها :

بادئ ذي بدء عرفت المادة **(427)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن الطلاق بالتراضي، هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة. بحيث يقترب نظام الطلاق بالتراضي بالأنظمة البديلة لحل النزاعات، إذ يتميز بكل ما تتميز به هذه الطرق من خصائص، بالرغم من أن الزوجين يتفقان قبل الالتجاء إلى القضاء على فك علاقتهما الزوجية عن طريق التراضي،[1] وكما يتفقان على كل الجوانب المادية المترتبة عليه بتقديم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة منهما[2] .

تنص المادة **(428)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " **في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط** "أما نص المادة **(429)** من نفس القانون تضمن البيانات التي يتضمنها الطلب المشترك[3].

وتنص المادة **(430)** من القانون السالف الذكر على ما يلي:" **يخطر أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض**"، يتمتع أطراف النزاع في هذه الحالة بكل الامتيازات التي يتمتع بها من يسلك الطريق البديل لحل نزاعه و خاصة السرعة في نظره، إذ يتم إخطارهما حالاً بعد تسجيل عريضتهما من طرف أمين الضبط بتاريخ الجلسة[4]، وبمقتضى نص المادة **(423)** من نفس القانون ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات المذكورة في قانون الأسرة.

و بالرجوع إلى نص المادة **(48)** منه نجد انه من بين صور انحلال الرابطة الزوجية الطلاق بالتراضي، فقاضي شؤون الأسرة مختص نوعيا بنظر في مثل هذا الطلب، على أن ينعقد الاختصاص للمحكمة في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما، طبقا لنص المادة **(426)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فيراقب مدى قبول العريضة المتمثلة في الطلب المشترك الرامي إلى

---

[1] - بشير محمد، مرجع سابق، ص 63و 64.

[2] - تنص المادة **(428)** من قانون الإجراءات المدنية و الادارية " **في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط** " .

[3] - تنص المادة **(429)** على أنه: " **يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي:1.بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب، 2.اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما،3.تاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر، 4.عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق، و يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية و مستخرج من عقد زواج المعنيين ."**

[4] - بشير محمد، المرجع نفسه، ص 63و 64.

حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة[1]. وكذا يراقب شروط قبول الدعوى من صفة ومصلحة طبقاً لنص المادة (**13**) من نفس القانون[2]، غير أن شرط الأهلية القانونية له خصوصيات في المادة الأسرية ذلك أن القاصر لا يجوز له أن يباشر دعوى الطلاق بالتراضي بدون نائبه القانوني، إذ أن مجرد منحه أهلية التقاضي عند ترشيده تجعله متتمتعاً بأهلية التقاضي بشأن مسائل آثار عقد الزواج لا على الطلاق بمعنى يجب مراعاة نص المادة (**437**) من نفس القانون التي تنص على أنه:" **عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة** ".

تجدر الإشارة أنه لم يرتب القانون جزاء على مخالفة هذه البيانات الخاصة بالعرضية الافتتاحية لأنه يفترض في دعوى الطلاق بالتراضي عدم وجود نزاع جدي بين الزوجين،لأن إرادة الزوجين اتجهت نحو فك الرابطة الزوجية، و بالنتيجة لا يثار دفع بشأن ذلك ولا يقبل الدفع المحتمل تقديمه بعدم قبولها شكلاً وإذا لم تستوف تلك البيانات يمكن للقاضي استكمالها من الزوجين أثناء جلسة الصلح[3]، أما فيما يخص مسألة التوقيع فنجد أن توقيع الزوجة على محضر الصلح مع الزوج و القاضي و أمين الضبط وإصرارها على ذلك المحضر و تمسكها بالطلاق بالتراضي، يغني عن توقيع عريضة الطلاق بالتراضي.

وهو ما يؤكده قرار غرفة شؤون الأسرة والمواريث لدى المحكمة العليا، الصادر بتاريخ **2014/12/11** والذي ينص على ما يلي: **"لكن حيث إن قيام المحكمة بإجراء محاولة الصلح بين الطاعنة و بين المطعون ضده و تحرير محضر بذلك يوم 2013/12/15، وتوقيع الطاعنة على ذلك المحضر مع المطعون ضده والقاضي و أمين الضبط، وإصرارها في ذلك المحضر و تمسكها بالطلاق بالتراضي، يغني عن توقيع عريضة الطلاق بالتراضي من قبل الطاعنة و المطعون ضده، مادامت العريضة قدمت باسم محاميها..."**[4].

---

[1] - يعتبر أول إجراء يجب أن يقوم به الزوجان أو أحدهما بعد اتفاقهما على الطلاق، و تضمين ذلك الاتفاق في عقد عرفي أو عقد رسمي أو أن يرد محتوى الاتفاق في عريضة المشتركة.

[2] - تنص المادة (**13**) :" **لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعي عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون**".

[3] - بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **نشرة القضاة**، الجزء الأول، العدد 64، مديرية الدارسات القانونية والوثائق الجزائر ،2009، ص 355.

[4] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 097372، المؤرخ في 2014/12/11، **غير منشور**.

ثانياً- الاستماع الى الزوجين و التأكد من رضا الزوجين:

وذلك يتطلب بداية التأكد من هوية الزوجين(**أ**) ثم الاستماع إليهما على انفراد أو معًا(**ب**).و التأكد من خلو الإرادة من العيوب وسلامة رضاهما(**ج**).

أ- ضرورة التأكد من هوية الطرفين :

عند حضور الزوجين إلى جلسة الصلح بعد إخطارهما من طرف أمين الضبط حسب الاستدعاء المسلم لهما من قبله، في اليوم والتاريخ المحدد للحضور للمحكمة، يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات أو أي مكان أخر داخل المحكمة، يكون مخصص لإجراء محاولة الصلح.

أول شئ يقوم به القاضي التأكد من هوية الزوجين، و إن كان القانون لم ينص على ذلك فانه من الأهمية بمكان لأنه في عدم التأكد من ذلك، قد يدفع بأحد الزوجين إلى إحضار غير زوجه ليحصل على حكم يقضي بالطلاق في غيبة الزوج الآخر، ولذاك وجب التأكد من هوية الطرفين بطلب استظهارهما لبطاقة التعريف الوطنية أو وثيقة أخرى تثبت ذلك تفاديًا لكل تغرير من أحدهما[1]، وبعد التأكد من هويتهما يباشر الصلح بينهما بسماع أقوالهما أولاً والمشرع خص الطلاق بالتراضي بأحكام خاصة من حيث الإجراءات، بحيث يستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين وللقاضي سلطة تقديرية ان يسمعهما على انفراد أو مجتمعين[2].

ب-الاستماع إلى الزوجين على إنفراد:

سبق القول أن المادة (**431**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في إطار الدور الإيجابي لقاضي شؤون الأسرة، الذي يتأكد في التاريخ المحدد للحضور، من رضا الزوج والزوجة، ثم معاً مجتمعين، ويبقى جانب من السلطة التقديرية للقاضي أن يسمعهما معا في البداية وهو المعمول به في

---

[1]- زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص ،103.

[2]- في فرنسا فإنه مباشرة بعد تقديم طلب الطلاق لدى المحكمة سواء كان مشتركا أو من أحدهما مع وجود رضا الطرف الثاني، فان القاضي يستدعي كلا من الزوجين للحضور من أجل الإصلاح بينهما، فهو أيضا يتأكد أولا من توفر إرادة حقيقية من الطرفين ثم يقابل الزوجين على انفراد ثم يجمعهما معاً ، لإتاحة الفرصة لهما بالتعبير عن رأيهما وكذا الاستماع إلى مقترحاتهما بغية الوصول إلى حل للأزمة التي يمران بها بدون حضور الدفاع إلا إذا طلب احد الزوجين ذلك، **أنظر:**
Gérard ;Counu Droit civil , la famille ,imprimerie en France , édition 6 , p : 458 -459 .

ظل الممارسة القضائية و لا يسمع الزوجان على انفراد، إلا عندما يحس القاضي أن الزوجة ربما و قعت في تغرير أو أنها لا تعلم على ما أمضت أو أنه هددها على أن توقع على الطلاق بالتراضي.

إذا أحس القاضي أنها الزوجة ليست راضية رضى حقيقي، يخرج الزوج و يسمعها على انفراد فيما إذا كانت فعلاً موافقة على هذا الطلاق، أم أنها مكرهة أو جاهلة لمحتوى الطلب و لا سيما أن بعض الزوجات يجهلن القراءة والكتابة، أو أنها كانت مكرهة على ذلك، والغاية من السماع الانفرادي أن بعض الزوجات يرفضن التصريح في حضور الطرف الآخر خوفا أو استحياء منهن، ويتأكد القاضي من كل زوج إن كان على علم ببنود الاتفاق، و خاصة إذا وجد الأولاد، ويراقب من يتحمل النفقة، والحضانة لمن تسند وكذا كل الآثار الأخرى، ولعل الاستماع إلى كل زوج على انفراد هدفه تمكين كل طرف من القول ما لا يستطيع البوح به في حضور الطرف الآخر، أو قد يتردد في قول حقيقة المشكل الحاصل بين الزوجين في حضور الزوج الآخر.

ونفس الإجراء يقوم به مع الزوج الآخر ثم قد ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولاً أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة، أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما و الهدف من الإجراء الذي استحدثه المشرع المتمثل في سماع كل طرف على إنفراد يجعل القاضي يتصرف بذكاء، ففرضا إذا ادعت الزوجة أن الزوج لم يقدم الاسم العائلي للطفل أو الدفتر العائلي يسأل القاضي الزوج إذا كان استخرج دفتر عائلي أم لا فإذا أجاب بنعم و قدمه و ثبت أن الابن مسجل باسمه فهذا يوضح وجود سوء تفاهم بين الزوجين دون أن يبين القاضي للزوجة صراحة أنها ادعت خلاف ذلك، و كذلك بالنسبة للزوج إذا ادعى أن زوجته تخرج دون إذنه، يسألها القاضي بحضور الزوج إذا كانت تخرج بإذن زوجها أم لا، فإذا أجابت بنعم و أضافت أنها تخرج مع أقاربه مثلا ولم يفند هو ذلك، يكون حجة عليه[1]، و بذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل ليتمكن من القيام بالصلح على خير وجه، و يستمع القاضي للزوج الآخر.

ج- الاستماع إلى الزوجين مجتمعين والتأكد من رضائهما وموافقتهما:

يقوم القاضي بالاستماع إلى الزوجين معاً مجتمعين، قصد التوصل لحل الإشكال و تقريب وجهتي النظر و العمل على إصلاح ذات البين بين الزوجين، وقد يتطلب ذلك محاولة صلح واحدة كما قد يتطلب عدة محاولات الصلح، متى تبين أن هناك بوادر تفيد إمكانية التوصل إلى الصلح بين الطرفين أين

[1]- بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثامنة عشر، الجزائر، السنة الدراسية 2007-2010، ص 10 .

يعطي القاضي الكلمة للزوجين، بعد أن كَون فكرة على النزاع و أسبابه ودوافعه التي يستند عليها طالبي فك الرابطة الزوجية، وبعدها يحيل الكلمة إلى الطرف الآخر ليسمع أقواله ورده على ادعاءات الطرف الآخر فيحاول القاضي مصالحتهما فيها[1].

د -**التأكد من خلو الإرادة من العيوب :**

إن دعوى الطلاق بالتراضي مؤسسة على مبدأ التراضي، الذي تمثل فيه الإرادة عموده الفقري، ولذا وجب صدور إرادة حرة و سليمة من كل العيوب التي قد تؤثر على رضا أحد الزوجين أو معاً، وأن يعبر كل زوج عن الرغبة الحقيقة المتجهة نحو إنهاء العلاقة الزوجية، و هي الغاية الذي تسعى إليه الإرادتين معاً، وذلك لا يتحقق إلا بصدور تعبير صريح عن الإرادة[2].

يجب على قاضي الموضوع البحث والتدقيق حول صدور التعبير عن الإرادة، فيما إن كانت إرادة واعية جديرة بالاعتبار وتتطلب من صاحبها قدر من الإدراك والتميز و تسمح له بالتعبير عنها، لأنه يجب أن لا تعترض الإرادة التي توقع الطلاق عوارض تؤثر على توجهاتها و تصوراتها، كالإكراه الذي يقصد به ضغط غير مشروع يصيب الإرادة التي هي أهم عنصر من عناصرها، و هو الحرية فيولد في ذهن المتعاقد الآخر حالة من الرهبة و الخوف، فيدفعه إلى الموافقة على التعاقد لكي يتجنب ما قد يصيبه من أضرار سواء المادية كالتهديد بغرض معين في الجسم أو المال، أو المعنوية المتجلية فيما قد يصيب النفس بالرعب و الخوف، وهذا كله قصد توجيه النية و التحكم فيها، الأمر الذي يؤدي إلى إفساد الإرادة وتعيبها.[3]

قد يحدث وان تجبر وتكره الزوجة على الطلاق بالتراضي، وإن كان الطلاق بالتراضي الأصل فيه أنه لا يتم اللجوء إليه إلا لوجود أضرار و عزم و رغبة مشتركة للزوجين في الافتراق، لكن بالرجوع إلى حقيقة الأمر قد يكون ذلك مجرد قناع، كأن نجد الزوجة تتنازل عن كل حقوقها و مستحقاتها و مستحقات أبنائها[4]، من أجل الحصول على الطلاق بالتراضي يكون غالباً تحت تأثير إرادة الزوج عن طريق

---

[1]- بشير محمد، مرجع سابق، ص 63و 64.

[2]- هجيرة بن عزي، مرجع سابق، ص 44.

[3]- المرجع نفسه، ص 45 .

[4]- فكان الأجدر هو حصول الزوجة على كل مستحقاتها الشرعية مثلاً - مؤخر الصداق - جبرًا لخاطرها و تمكينها من كل حقوقها، بدل تنازلها عنها وعن حقوق أبنائها كذلك حتى و لو كان تنازلها هذا في ظاهره يجسد إرادة مشتركة بينها وبين زوجها .

استعماله لبعض الحيل القانونية، التي من شأنها إرغام الزوجة على قبول الطلاق بالتراضي[1]، الشيء الذي قد يدل على أن هناك إكراه وإضرار وقعت فيه الزوجة مما يدفعها للمطالبة بالطلاق بالتراضي.

ونظرًا للاعتبارات السابقة فانه يقع على القاضي التزام التأكد من طلب الطلاق بالتراضي حقيقة وأن طلب حل الرابطة الزوجية انصرف إلى تجسيد إرادة الزوجين المشتركة، باعتبار هذا الطلاق عمل تعاقدي مبني على التوافق والتراضي، وإذا اغفل القاضي عن هذا الالتزام يكون بذلك قد خالف نص المادة **(431)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بأن لم يتقيد بالأحكام الخاصة في الطلاق بالتراضي الأمر الذي يجعل حكمه عرضة للنقض و الإبطال من قبل المحكمة العليا.

ثالثاً- محاولة إصلاح ذات البين:

نشير في الصدد الى عدد محاولات الصلح التي يجريها القاضي والجزاء المترتب على عدم حضور أحد الزوجين أو معًا لمحاولات الصلح(**أ**)، ومسألة مدى جواز الوكالة فيها(**ب**) أوحتى إشراك أفراد العائلة(**ج**)، وتبيان حالة أثر فشل محاولة الصلح(**د**)

أ-عدد محاولات الصلح:

قبل أن يبت قاضي شؤون الأسرة في دعوى فك الرابطة الزوجية يقوم بإجراء عدة محاولات صلح في جميع الدعاوى استنادًا،إلى نص المادة **(439)** و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك لا يكون الطلاق بالتراضي استثناء، لأن هناك اتفاق متبادل بل يجب التأكد مرة أخرى في مدى صلاحية الحياة الزوجية للبقاء ومحاولة إيجاد خيط من المودة والرحمة ولو كان رفيعاً[2]وهو ما أكدته المادة **(431)** التي جاء فيها :" **يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا...**"، ويدخل ضبط آجال نظر الصلح في مدة ثلاثة**(03)** أشهر مبدئيا بعد تسجيل عريضتهما بإخطارهما في الحال، بتاريخ حضورهما أمام القاضي وتسليمهما استدعاء بالحضور لهذا الغرض، فيتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما فيتجنبان بذلك إجراءات التكليف بالحضور وإجراءات الصلح في جلسات متعددة و أخيرا إجراءات الخصومة القضائية المعقدة[3]، ولكن يجب حضور الزوجين معًا إلى جلسة الصلح و لا يكفي حضور طرف و احد دون الآخر.

---

[1]- هجيرة بن عزي، مرجع سابق، ص45.

[2]- بوزيد وردة ، مرجع سابق، ص42 .

[3]- بشير محمد، مرجع سابق، ص 77 .

أما بالنسبة لعدد محاولات الصلح قد يثار تساؤل حول عدد محاولات الصلح التي يمكن للقاضي أن يجريها في الطلاق بالتراضي و لاسيما و أن نص المادة (**431**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت على صياغة العموم"..**و يحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا ...**"، ولم يستعمل المشرع مصطلح "**عدة محاولات صلح**" كما فعل في نص المادة (**49**) من قانون الأسرة ؟، يرى جانب من الفقه أن محاولة الصلح في الطلاق بالتراضي تكون مرة واحدة على الأكثر، لأن المحكمة تقوم فقط بالإشهاد على هذا الطلاق [1].

غير أن جانب آخر من الفقه يرى أن مسألة عدد محاولات الصلح تندرج ضمن السلطة التقديرية للقاضي الذي له أن يجري محاولة صلح واحدة ،أو اثنين، أو ثلاث، حسب ظروف كل قضية على حدة ولاسيما إن وجد هناك أطفال مادام أن تعدد محاولة الصلح تتقرر لصالحهم أولاً وأخيرًا باعتبارهم نواة الأسرة[2].وهو نفس النهج الذي سار عليه القضاء الجزائري في إعمال السلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب كل خصوصية كل ملف. [3]

---

[1]- بوزيد وردة ، المرجع السابق، ص42.

[2]محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة المغرب، 2006. ص 80 .

[3]- وهو ذات الاتجاه الذي تبناه القضاء الجزائري وما يؤكد ذلك هو موقف قضاء المحكمة العليا من خلال قرار صادر عنها قضى بأن _ محاولة الصلح_ تقدير عدد الجلسات_ يخضع لقضاة الموضوع_ و لارقابة للمحكمة العليا على ذلك- حيث أن الطاعن أثار في هذا القرار ثلاثة أوجه للطعن لتأسيس طعنه بالنقض عن الوجه الثاني الفرع الثاني منه المأخوذ من خرق أحكام المادة (**49**)من قانون الأسرة و الذي جاء فيه : " **إن المحكمة عقدت جلسة صلح لمرة دون أن تسعى إلى إعطاء فرصة و مهلة قبل الطلاق المقررة بثلاثة أشهر للعودة إلى جادة الصواب** "وأجابت المحكمة العليا عن هذا الوجه كما يلي:" **لكن حيث أن تقدير عدد جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و لا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا ، ما دام أن الطاعنة تغيبت عن جلسات الصلح كما يظهر من الحكم المطعون فيه ، و رغم استدعائها عن طريق محاميها وتأجيل القضية من اجل حضورها وعليه فان هذا الفرع غير مؤسس كذلك و يتعين رفضه** "، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 813976، المؤرخ في 2012/10/11، غير منشور.

وجاء في قرار أخر صادر عن المحكمة العليا، ما يلي :" **لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين و أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين و عقد لذلك جلسة بتاريخ 2011/05/18.و بالتالي فان الإجراء المقرر في المادة (49) من قانون الأسرة تم استنفاذه، و لا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح و احدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى، مما يجعل الوجه غير سديد و لا يعتد به وحيث انه و تبعا لما سبق يتعين القضاء برفض الطعن** " المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0802333 ، المؤرخ في 2014/07/10، غير منشور.

ب-مسألة حضور الزوجين لمحاولة الصلح والجزاء المترتب عن تخلف احدهما أو كلاهما:

نميز بين حالتين أساسيتين وهما:

- حالة حضور الزوجين: إن حالة حضور الزوجين لا تثير أي إشكال أو عائق فالقاضي يحاول إجراء محاولة أو عدة محاولات صلح، كونه يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك. وعملاً بنص المادة **(431)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يعقد جلسة صلح لإصلاح ذات البين بين الطرفين الحاضران أمامه ويتأكد من تصريحاتهما بأنهما متفقان على الطلاق بالتراضي، فإما يصل إلى صلح ويحرر محضرًا بذلك أو تفشل محاولة الإصلاح فينتهي إلى تحرير محضر عدم الصلح .[1]

- حالة عدم حضور الزوجين معاً و الجزاء المترتب عن ذلك:

تؤكد المحكمة العليا في العديد من قراراتها على ضرورة حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه-والأصح شطب دعواه-، فهل نفس الحكم ينطبق على تخلف الزوجين في الطلاق بالتراضي عن الحضور لجلسة الصلح في التاريخ المحدد لذلك؟ بالرجوع إلى قانون الأسرة وكذا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع لم يرتب جزاء قانونيا على عدم الحضور الشخصي للطرفين لجلسة الصلح، على خلاف التشريع المغربي الذي أوجد جزاء في نص المادة **(81)** من مدونة الأسرة[2].

رتبت المادة أعلاه جزاءً قانونياً في حالة مخالفتها مثل هذه القاعدة الإجرائية لا نجد لها مقابل في القانون الجزائري، وبالتالي السؤال الذي يمكن طرحه هنا ما هو موقف المحكمة العليا في حال تخلف الزوجين عن الحضور و خاصة و أن المادة **(431)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم ترتب جزاءً على ذلك فنجد القضاء المغربي في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش قضى بما يلي:"... **حيث يهدف الطالبان في دعواهما الإذن لهما بالطلاق ألاتفاقي،.وحيث تخلف الزوجين عن الحضور أمام المحكمة رغم التوصل بالاستدعاء، وحيث أنه نتيجة لعدم حضور الزوجين لجلسة الصلح بدون الإدلاء بأي عذر فقد تعذر على المحكمة إجراء محاولة الصلح بينه وبين زوجة طبقاً للمادتين 81 و 114 من مدونة**

[1] - انظر المادة **(443)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

[2] - تنص المادة 81 على ما يلي " **تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح إذا توصل الزوج شخصياً بالاستدعاء و لم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعاً عن طلبه ...**"

الأسرة وحيث أن الحضور الشخصي من قبل الطالبين لجلسة الصلح يبقى إجراء ضروريًا يترتب عن عدم التقيد به عدم استكمال المحكمة لإجراءات الخاصة بالطلاق مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب "[1]

نفس الاتجاه استقر عليه قضاء غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا، فيما يخص مسألة عدم حضور محاولات الصلح من طرف المدعى و المدعى عليه، إذ جاءت أسباب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ **2012/06/14** كما يلي:"**حيث وطبقاً لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة، فإنها تقضي أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة صلح بين الطرفين من طرف القاضي، وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا، فحرر محضر عدم صلح إثباتاً لذلك. وحيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح، فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعد مخالفًا لمقتضيات المادة (49) من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين ومنه يتعين نقض الحكم بدون إحالة "**[2].

و بالتالي قرار المحكمة العليا مبرر من الناحية القانون و المنطق لأن مسالة التأكد من رضائهما على حل الرابطة الزوجية لا تثبت للقاضي إلا من خلال مثولهما أمامه، و بحثه في الإرادة و التأكد من سلامتها وخلوها من العيوب وعدم الاكتفاء بالطلب المشترك المعروض عليه، بل يتطلب القانون حضورهما لمعرفة مدى إصرارهما على موقفهما بفك الرابطة الزوجية وتمسكهما بطلبهما المشترك سواء بقيود وشروط أو دونها عملاً بمقتضيات المواد**(430)** و **(431)** و (**439)** وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المحكمة بعد تحديدها لتاريخ حضور الزوجين لمقابلة شخصية لإجراء محاولة الصلح، فإذا لم يحضرا رغم إخطارهما من قبل أمين الضبط، وبناء على هذا الوضع يجوز للمحكمة أن تأمر بشطب القضية بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عنها قانوناً، أو تلك

---

[1]- هجيرة بن عزي، مرجع سابق، ص63.

[2]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0851107، المؤرخ في 2013/05/09، غير منشور.

- <u>**أنظر أيضا**</u>: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0851107، المؤرخ في 2013/05/09، غير منشور، حيث جاءت حيثياته كما يلي: "**وحيث أنه يتبين من الرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أن المحكمة أشارت في أسباب حكمها أنها استدعت الطرفين لعدة جلسات لإصلاح ذات البين إلا أنهما تغيبا، وحيث أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا استقر على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمحاولة الإصلاح، و إلا أنه أصبح الوجوب المنصوص عليه في المادة (49) من قانون الأسرة، بدون جدوى وعليه فان هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين، حيث انه لم يتبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، مادام أن المطعون ضده _طالب الطلاق أمام المحكمة – لم يحضر جلسات محاولة الصلح / مما يتعين معه نقض الحكم بدون إحالة**".

التي أمرت بها المحكمة، طبقاً لمقتضيات المادة **(216)** من نفس القانون -كون أن طالبا الطلاق بالتراضي لم يحضرا رغم علمهما بتاريخ المحدد للحضور، و رغم تأجيل القضية لعدة مرات ولم يستجيبا إلى الإجراء الذي دعت وأمرت به المحكمة بالرغم من منحهما عدة آجال لذلك.

لا يمكن للطرفين المقدمين للطلب بعد هذا الدفع بجهلهما بضرورة وجوب الحضور معتقدين بأن اتفاقهم و تراضيهم عن الطلاق سوف يغنيهم عن ذلك[1]، فإذا كان هذا هو الجزاء المقرر لعدم حضور الزوجين فيمكن أيضاً طرح سؤال مفاده ما هو موقف القضاء في حالة تخلف أحد الزوجين عن الحضور في التاريخ المحدد والمذكور في الاستدعاء المسلم للزوجين؟

لقد سبق القول بأن المشرع الجزائري لم يورد جزاء قانونياً على ذلك، خلافاً للمشرع المغربي الذي أورد جزاء قانوني على عدم مراعاة أحكام المادة **(81)**من مدونة الأسرة وهو ما درج العمل به في القضاء المغربي وفي هذا الإطار ذهب القضاء عندهم إلى اعتبار أن الزوجان اللذين طالبا بالطلاق ألاتفاقي وبعد إدراج الملف بجدول القضايا في التاريخ المحدد للحضور، وتخلف احد الزوجين رغم علمه و إعلامه وإمهاله بضرورة الحضور، الأمر الذي يستدعي اعتبار الزوج المتخلف عن الحضور متراجع عن طلبه ويحفظ الملف و يتحمل المصاريف القضائية [2]، فلا يكفي حضور طرف واحد وهو نفس الأمر تبناه القضاء الجزائري.[3]

---

[1] - هجيرة بن عزي، مرجع سابق، ص 64.

[2] - المرجع نفسه، ص 65.

[3] - حيث جاء في أسباب قرار محكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/12/8 ما يلي " **...حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض أن المحكمة لم تتأكد من كل ذلك، وأشارت أنها سعت إلى إصلاح ذات البين بين الطرفين في جلسة 10/21/ 2009، إلا أن المحاولات باءت بالفشل بسب تمسك المطعون ضده، بفك الرابطة الزوجية بالتراضي لاستحالة العشرة الزوجية وغياب الطاعنة عن جلسة الصلح، ومع ذلك قضت المحكمة بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بالتراضي في المواد (427) الى (435) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي رفعت الدعوى في ظله التي أسفرت عن الحكم محل الطعن بالنقض و عليه فان هذا الفرع من الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وحيث انه لم يبق من ما يتطلب الحكم فيه فان نقض يكون بدون إحالة، طبقاً لنص المادة (365) من نفس القانون...**"، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم676898 ، مؤرخ في 2011/12/8، **مجلة المحكمة العليا**، عدد 01 ، 2001، ص 321 الى 324**.** **أنظر أيضا**: المحكمة العليا المؤرخ في 07/10/ 20014 الذي قضت فيه بما يلي:" **...وحيث إن هذا التسبيب يخالف نص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي بأن يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة – المنصوص عليها في المادة 428 - ويستمع إلى الزوجين على إنفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا أين يثبت القاضي إرادة الزوجين ....، وحيث إنه بذلك يتبن أن الطلاق بالتراضي تحكمه نصوص خاصة منصوص**

ج-عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح :

بالنسبة للوكالة في الزواج الأمر واضح بخصوصها، لأن المشرع ألغها بموجب نص المادة(**20**) من قانون الأسرة، لكن بالنسبة للوكالة في الطلاق وان كان القانون لم ينص على منعها، غير أنه لا تجوز و لا تصح، و هذا الشيء الذي نهجه قرار المحكمة العليا، فلا يوجد تناقض بين المحكمة العليا والقانون، فيما يخص الوكلاء، لأن الفهم الصحيح للقانون والأولوية في التطبيق يكون للنص القانوني وليس إلى اجتهاد المحكمة العليا، لأن نص المادة (**2/431**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء على أنه ينظر–القاضي مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق-، وبذلك فالوكلاء يقتصر دورهم على الأمور المادية و ليس فيما يخص فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها، لأن جلسة الصلح جلسة شخصية لكي نتأكد أن الزوجين موافقين على فك الرابطة الزوجية، فذالك لا يثبت إلا في جلسة الصلح بعد حضور الزوجين شخصيا.

هناك جانب من الفقه اعتبر اجتهاد المحكمة العليا بعدم جواز الوكالة في الصلح قرار غريب وذهب إلى إمكانية إنابة المحامي للزوجين بناء عن وكالة خاصة[1]، لكن هذا القول يرد عليه لأن المحامي له إنابة خاصة في الدعوى، فهو لا ينوب في الأمور الشخصية بما في ذالك الصلح وإلا هذا الأخير يصبح بدون جدوى إذ و يصبح مجرد إجراء شكلي، ضف لذالك إن الحكمة المنصوص عليها في المادة

عليها في المواد 427 الى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و يجب على المحكمة التقيد بها، وهو الشيء الذي لم تراعه ... ،وخاصة عند إجراء محاولة الصلح التي حضرها المطعون ضده وغابت عنه الطاعنة، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم محل الطعن بالنقض وحيث إنه مادام أن الطاعنة تنازع في دعوى الطلاق بالتراضي ولم تحضر جلسة محاولة الصلح، وبالتالي فلم يبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، مما يتعين معه أن يكون نقض الحكم بدون إحالة، لترك الحرية للطرفين للتراجع أو رفع دعوى مناسبة "، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0964560، مؤرخ في 2014،**غير منشور .**

[1]- ويشاطره في ذلك الأستاذ **زودة عمر** الذي يرى أن الوكلاء ينظرون في كل شيئ في محاولة الصلح وكل الأمور المادية التي ينصب حولها الاتفاق، و الاجتهاد ذهب عكس القانون الذي لم يستثني محاولات الصلح من الوكالة، فإذا حضرا الأطراف لا يوجد مشكل و في إطار الدور الايجابي القاضي له أن يطلب من الدفاع طلب الحضور الشخصي للزوجين و إذا لم يحضر طالبا فك الرابطة الزوجية يقوم القاضي بشطب الدعوى، وهو بهذا التصرف يرتكب خطأ لأنه لا وجود لغياب لكي يكون هناك جزاء، وان القول بعدم قبول الوكيل هو كلام خارج القانون و روح القانون، لان الزوج غير غائب مادام حضر في مكانه الوكيل و عند غيابهما أي الزوج و الوكيل يمكن عندها الشطب أو لو أن القانون قال يجب الحضور الشخصي تحت طائلة الشطب أو الجزاء، لكن هنا القانون أجاز حضور الوكلاء **أنظر**: زودة عمر، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، مرجع سابق.

(431) تنتفي، في الصلح القاضي يخاطب و يحاور الزوجين لا وكلائهما لكي يؤثر عليهما و بعد حثهما و وعظهما قد يتراجعان و يتصالحان وتفسير الأستاذ **لحسين بن الشيخ آث ملويا** لا يصلح وليس في محله حيث يجوز الصلح بموجب وكالة خاصة فقط في جانب الأمور المادية، لكن في الأمور الشخصية لخاصة بالزوجين يقتضي حضورهما معا وشخصياً .

وبناء على ما سبق لا يعد نص المادة **(431)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية استثناء عن أصناف الطلاق الأخرى، فلا تصح الوكالة في جلسة الصلح مهما كانت الدعوى، و الصلح في الطلاق بالتراضي غالباً ما يكون غير مجدين إلا في حالات شاذة جدا،لأنهما اتخذا قرار نهائي و الدليل على ذلك أن الحكم يصدر ابتدائي نهائي في كافة الجوانب سواء المادية أو الطلاق مع قبوله الطعن بالنقض برمته[1]. ولا يجوز الصلح مع الوكيل لأن الصلح شخصي يتعلق بالزوجين.

و بالتالي و ضعها المشرع بدون جدوى ولا سيما أن مركز القاضي تعزز بتبني المشرع للنظرية الحديثة، والتخلي عن الحياد السلبي المعروف في النظرية التقليدية، وبالتالي فإذا حضر الوكلاء بدلا من الزوجين القاضي يمكنه بما له من صلاحيات ودور ايجابي، و كونه أيضاً مسير للخصومة طلب حضور الزوجين شخصيا، و ما يؤكد على ضرورة الحضور الشخصي أنه لا يجوز تقديم طلب بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو ظهر عليه اختلال في القدرات الذهنية، و الاختلال يكون في حالة الجنون أو فقد الأهلية أي محجور عليه، و المحجور عليه ليس له أي إرادة.

يجب على القاضي أن يراقب تعبير وإرادة الزوجين فيما إن كانت إرادة واضحة واعية، جديرة بالاعتبار تتطلب من صاحبها قدًرا من الإدراك والتمييز، ويستوي بعد ذلك أن يكون التعبير عن قرارهما بالقول، أو بالإشارة، أو بالكتابة، أو باتخاذ موقف عملي معين[2]، للدلالة على رغبته في إنهاء العلاقة الزوجية بشكل ودي وتفاديا لإشهار ذلك[3]، و بهذا الصدد تنص المادة **(432)** من نفس القانون أنه :" **لا**

---

[1]- الحكم يكون نهائي غير قابل للاستئناف في شقيه المادي وشقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية، ولكن إذا غير القاضي من شرط في اتفاق الصلح يكون الحكم قابلاً للاستئناف، وهذا ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ **2007/2/14**، و الذي كان أساسه أن قاضي أول درجة اسند حضانة الولد لامه خلافا لما اتفق عليه الطرفين الأمر الذي يمكن من استئناف الحكم فيما يخص هذا الشرط.

[2]- هجيرة بن عزي، مرجع سابق، ص 44.

[3]- الرأفة وتاب، دور القضاء في تفعيل إجراءات الطلاق بالاتفاق و الطلاق الخلعي، **مجلة الملف**، عدد 11، 2007. ص 191.

يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته...".

إذا تبين للقاضي أثناء جلسة الصلح أن أحد الزوجين في حالة اضطراب عقلي، أو ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير صراحة عن إرادته في الطلاق و الموافقة عليه، يمكن إجراء خبرة طبية من طرف طبيب مختص بغرض التحقق من السلامة العقلية و القدرات الذهنية[1]، وهو ما توضحه المادة **(425)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في إطار اتخاذ تدابير التحقيق[2].

لكن إذا كان في ملف الدعوى ما يثبت أن أحد الزوجين مصاب في قدراته العقلية، لا يوجد ما يستدعي اللجوء إلى خبرة طبية، فليس شرط لجوء القاضي إلى الطبيب و إنما يكفي مراسلة الطبيب مصدر الوثيقة للتأكد منها[3]، وقد يلجا إلى الاستشارة أثناء الصلح طبقاً لنص المادة **(425)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في إطار اتخاذ تدابير التحقيق. و طبعا إذا أكد الطبيب اختلال في القدرات الذهنية، يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى شكلاً، لانعدام الأهلية طبقاً لنص المادة **(65)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [4]،(أي يحكم بعدم القبول بسبب قيام أحد هذه المانعين[5]).

د - في حالة فشل القاضي في محاولات الصلح:

إن فشل القاضي في إصلاح ذات البين، ليس معناه أن جلسة الصلح أفرغت من محتواها وإنما رغم فشلها، قد يقتنع القاضي من أن الزوجين متمسكين بفك الرابطة الزوجية ومهما أجل القاضي القضية إلى عدة جلسات أخرى فلن يفيد الأمر في شئ، مما يجعل القاضي يفتح صفحة أخرى و ينظر بعد ذلك مباشرة مع الزوجين أو الوكلاء في الاتفاق المبرم بين الزوجين، الذي يبقى خاضعًا لرقابة قضائية سابقة على نفاذه، لأن مجرد اتفاق الزوجين على الطلاق لا ينهي الرابطة الزوجية، بل أن هذا الأثر يظل رهينًا بصدور حكم القاضي[6]، فكيف تكون الرقابة القضائية أثناء جلسة الصلح وعلى ماذا تنصب؟

---

[1] - بداوي علي، مرجع سابق، ص 355.

[2] - بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 437.

[3] - المرجع نفسه، ص 437.

[4] - بداوي علي، المرجع نفسه، ص 356.

[5] - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 76.

[6] - هجيرة بن عزي، مرجع سابق، ص 51.

رابعاً- مراقبة القاضي مدى مراعاة الاتفاق للنظام العام ومصلحة الأولاد:

ينقسم الطلاق بالتراضي إلى نوعين رئيسين من الطلاق فالنوع الأول يتمثل في طلاق بالتراضي المجرد وهو الطلاق الذي يلجأ إليه الزوجان باتفاقهما دون أن يعلقاه على شروط أو قيود محددة، وأما عن النوع الثاني يتمثل في الطلاق بالتراضي المقيد وهو الذي يقيده طرفاه بشرط أو أكثر، ويتعين وجوبا أن هذه القيود أو الشروط لا تتنافى مع النظام العام، وأن لا تكون متعارضة مع مصلحة الأولاد أو له تبعات سلبية على مصالح الأبناء و حقوقهما المكتسبة، وتجدر الإشارة أن كلا النوعين، فإنه يخضعان وجوًبا لرقابة القاضي الذي يحاول الصلح بينهما قصد التأكد من اتفاقهما على مبدأ إنهاء الرابطة الزوجية [1].

إن المشرع الجزائري لم ينص على النظام العام في أحكام المواد الإجرائية المتعلقة بالصلح، ولكنه نص عليه في أحكام الاتفاق على الطلاق بالتراضي، فإذا تبين للقاضي أثناء إجرائه للصلح بين الزوجين أنه اتفاقا على أمر مخالف للنظام العام و جب عليه أن يصرف النظر عن ذلك الاتفاق، فالنظام العام يتجاوز الخصوم و القاضي، فإنه لا يمكن أن يكون موضوع تصالح بينهم، فدور القاضي هو ضبط إرادة المتصالحين التي و إن لم تكن مطابقة لقواعد العدالة والإنصاف، إلا أنها يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام، وعليه فالقاضي لا يجري الصلح إلا في الإطار المسموح به قانونا [2]، بحيث له دور في إجراءات الطلاق، لأنه لا يجوز له أن يقف موقف الحياد السلبي سواء في الدعوى في الطلاق بصفة عامة و خاصة الطلاق بالتراضي، وإنما يجب أن يقوم بدور حيادي إيجابي حيث يتعين عليه أن يراقب شروط الطلاق[3].

سمح القانون للزوجين بكل حرية تعليق الطلاق بالتراضي بالاشتراط فيما بينهم سواء تعلقت هذه الشروط بحق أحد الزوجين أو أحد الحقوق المشتركة بينهما، إلا أنهما مقيدين بشرطين أساسين، وهما عدم مخالفة النظام العام وكذا مراعاة مصلحة الأطفال، والقاضي ينبه الزوجين في جلسة الصلح عند نظره للبنود المتفق عليها بضرورة وجوب القيد الأول، وهو احترام أحكام قانون الأسرة لكونها تمثل أهم الضوابط المحددة للنظام العام الأسري وأن لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية و الآداب العامة، فلا يشترط أحد

---

[1]- بنباصر يوسف، مدونة الأسرة،المسار و التطلعات ،ملتقى علمي لمناقشة مستجدات قانون الأسرة 70-مدينة الداخلة ، المغرب،بتاريخ 10مارس2004، ص 40.

[2] - بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 96.

[3]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 74و 75

الزوجين على الآخر أن لا يتزوج أبدا بعد فراقهما، أو اشتراط الزوجين الاستمرار في العيش معاً كزوجين بعد الطلاق بالتراضي، أو الاشتراط على إعفاء الأب على الإنفاق على أولاده ولو أعسرت الأم[1].

فمثل كل هذه الشروط باطلة نظرًا لمخالفتها للعقل والمنطق وكذا أحكام قانون الأسرة، وبصفة خاصة تلك التي أقرتها الشريعة الإسلامية و المستنبطة أساساً من الكتاب والسنة و الإجماع ، لأنها لا تحقق منفعة مشروعة كاشتراط التوارث بين الزوجين بعد الطلاق، حيث يعد شرطا باطلا لأن الإرث نظام محكم فلا توارث بدون وجود سببه وهو القرابة و الزوجية طبقا لنص المادة **(126)** من قانون الأسرة وفي ذلك قول **رسول الله صلى الله عليه وسلم:" ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست من كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وأن كل مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق**"[2] وكما قال **رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم، إلا شرطًا أحل حراماً وحرم حلالاً** "[3]

يتمثل القيد الثاني الذي يجب على الزوجين مراعاته والقاضي أن يراقبه ما أوردته المادة **(431)** السالفة الذكر بأن لا يتعارض الاتفاق مع مصلحة الأولاد وعدم المساس بالحقوق الخاصة بهم في حالة وجودهم، وأن لا يكون لاتفاق الزوجين تبعات سلبية على مصالحهم وحقوقهم المكتسبة، فلا يجوز اشتراط حرمان الأولاد من حقوقهم الواجبة على أبويهم، فلا يجوز حرمانهم مثلاً من النفقة أو الحضانة أو اشتراط عدم رؤية الأبناء من طرف أحد الأبوين، فهذه الشروط باطلة يلغيها القاضي عند نظرها مع الزوجين.

جعل قانون الإجراءات المدنية والإدارية دور القاضي إيجابي، وهو ما تؤكده المادة **(424)** حيث تنص على ما يلي : " **يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر**"، فإذا ثبت أن الاتفاق جاء خاليا أو أغفل حقوق ومستحقات الأبناء بعد تفحص بنوده من طرف القاضي، يحق له أن يتدخل ليس للإلغاء و أو التعديل و إنما لكي يكمل النقص بما يلائم مصالح الأبناء، ولاسيما وأن الجزائر صادقت على الاتفاقية حماية حقوق الطفل[4].

---

[1]- بن عزي هجيرة، مرجع سابق، ص 48.

[2] - العسقلاني ابن حجر، مرجع سابق ص 444 .

[3]- المرجع نفسه، ص 446.

[4]- اعتمدت وعرضت للتوقيع و التصديق و الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 1989/11/20، تاريخ بدأ النفاذ 1990/09/02، صادقت عليها الجزائر في 1992/12/19، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92، المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413، الموافق ل 19 ديسمبر 1992، **أنظر**:أهم اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها من طرف الجزائر، وزارة العدل، ،الجزائر ،2009.

فإذا اغفل الزوجان معالجة النفقة، فإن القاضي يتدخل من أجل البت في أمرها، لكونها من ضروريات العيش، والتي لا يمكن تأجيلها وللقاضي سلطة واسعة في تقديريها، مع مراعاته لحالة الأب المادية والأسعار وأما بالنسبة للحضانة، فالأصل أن يتفقا عليها لكن في حالة عدم الاتفاق أو كان الاتفاق ماساً بحقوق المحضون، فإن للمحكمة سلطة التدخل من أجل تنظيم حقوق المحضون باعتبار أن مصلحته أهم مجال لتطبيق القاضي سلطته التقديرية، وكذا أمر زيارة المحضون ووقت الزيارة ومكان الزيارة، ويبقى للمحكمة حق التدخل لتعديل نظام الزيارة، بل و قد يصل الأمر لحد إسقاط الحضانة لمن له الحق فيها إذا ثبت للقاضي انعدام مصلحة المحضون لديه، وإذا عاين القاضي شرط باطل فإنه يلغيه أما إذا عاين شرط غير معقول عدل منه وأرجعه إلى الحد المعقول، فكل ذلك يناقشه و يحسمه القاضي في جلسة الصلح بحضور الأطراف . ولذلك دور القاضي في الطلاق بالتراضي ليس دورا توثيقيا " :حيث أن المادة 427 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نظمت إجراءات الطلاق بالتراضي، المادة 431 بينت بوضوح كيفية أداء القاضي لدوره عند حضور الطرفين أمامه ومحاولة الصلح بينهما وله أن ينظر معهما أو مع ....وحيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه بالنقض ،أن المحكم لم تراع كل ذلك، واعتبرت دورها قاصرا على الإشهاد على الطلاق بالتراضي وعلى تنازل الطاعنة عن حضانة الابن ، وكأن دور القاضي هو دور توثيقي لابرام عقد بين الطاعنة و بين المطعون ضده فضلا عن أنه لو كان دوره كذلك ،فإنه ملزم بأن يبين للطرفين أبعاد الاتفاق مع مراعاة إحتلام ذلك الاتفاق للقانون وعليه فان هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه النقض جزئيا للحكم فيما يخص فيما يخص التنازل عن الحضانة"[1].

خامساً –إصدار حكم الطلاق بالتراضي : إذا تعذر الصلح في الطلاق بالتراضي يثبت إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي بينهما، و يصرح بالطلاق بالتراضي بإرادة الزوجين[2] ومتى تراضا الزوجين على كل المسائل و التي يضمنها القاضي في محضر عدم الصلح وتكون كتسبيب للحكم فيما بعد التي تحول أمام الزوج عند ممارسته للطعن .

بعد ما تمت دراسة دور القاضي في الصلح في فك الرابطة الزوجية بناء على إرادة الزوجين، بقي سؤال مهم يطرح نفسه على بساط الموضوع، مفاده: هل يختلف دور القاضي في الصلح عند طلب الطلاق بناء على إرادة الزوجة ؟

---

1 -المحكمة العليا غرفة شؤون الاسرة و المواريث، ملف رقم 0905248 بتاريخ 2015،/02/12 قرار غير منشور.

[2]- بداوي علي، مرجع سابق، ص 355.

هذا ما سوف يتم دراسته، من خلال المبحث الثاني التالي.

المبحث الثاني

دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة

فكما للرجل الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة باعتبار العصمة بيده، فإن الشريعة الإسلامية أجازت للمرأة حق فك الرابطة الزوجية، إذا كان في دوام هذه الرابطة مضرة لها[1]، وأن الحياة أصبحت لا تطاق مع هذا الزوج .وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع في قانون الأسرة بإتباع إجراءات التطليق أو الخلع [2]، ولذلك سوف نتناول دور القاضي في الصلح عند طلب التطليق (**المطلب الأول)** ودوره في الصلح عند طلب الخلع (**المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

دور القاضي في الصلح عند طلب التطليق من الزوجة

لقد سبق القول أن الصلح في شؤون الأسرة وجوبي بنص المادة **(439)**من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فليس معنى ذلك أنه إجراء جوهري يترتب عن تخلفه البطلان، فالقاضي يقع عليه التزام الوفاء به متى أمكن ذلك، لكن أحيانا إجرائه يكون مخالفا للنظام العام كما هو الشأن في الطلاق الثلاث(طلاق الزوج)، ونفس الأمر يلاحظ في دعاوى التطليق، فهناك أسباب عديدة عددتها المادة **(53)** من قانون الأسرة[3]، والسبب العاشر منها وسع الباب، بأن أجاز التطليق لكل ضرر. وقبل التطرق إلى مسألة دور القاضي في محاولات الصلح نتعرض للطبيعة القانونية للحكم الصادر بالتطليق وعلاقته بالصلح (**الفرع الأول)** ثم التطرق لمحاولات الصلح في دعاوى التطليق (**الفرع الثاني**).

---

[1] - محمد لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر،2006، ص 60.

[2] - فلم يهدر المشرع الجزائري حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تتحملها إما بسبب تقصير وعدم قيام الزوج بواجباته، وذلك مما فتح لها باب التطليق على مصراعيه، لدرء الضرر عليها، كما انه قد يحصل وأن لا يقصر الزوج معها ومع ذالك تكون الحياة الزوجية مستحيلة.إما بسبب كراهية الزوجة له و نفورها منه ، مما قرر لها حقا خالص بمقتضى نص المادة **(54)** من قانون الأسرة لاسترجاع حريتها مقابل مال. **أنظر**: تشوار حميدو زكية، ص 69.

[3] - المادة **(53)** من قانون الأسرة.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لحكم التطليق ومدى علاقته بالصلح

يتفق الفقه بأن طبيعة الحكم القضائي الصادر بالتطليق هو حكم منشئ ولذلك لا يطرح إشكال بين رجال الفقه، ففي هذا الصدد يرى **الأستاذ تقية عبد الفتاح:**" أن الشريعة الإسلامية فتحت باب للزوجة فجعلت لها حق اللجوء للقضاء لطلب تطليقها، وأوجبت على القاضي الاستجابة لها متى ثبت لديه السبب المبرر شرعاً لطلبها، وامتنع الزوج أن يفارقها بالمعروف.وعددت المادة **(53)** من قانون الأسرة أسباب طلب التطليق، وعلى ذلك فالقاضي يقدر الضرر إعمالا للسلطة التقديرية ولا رقابة المحكمة العليا في ذلك و بذلك فأحكام التطليق من حيث طبيعتها هي أحكام إنشائية[1]، وذهب إلى القول :".. فالتطليق يجعل أمر حل الرابطة الزوجية بيد القاضي إذا كان يستند لأحد الأسباب الواردة في المادة **(53)** فالحكم الصادر بالطلاق حكم كاشف لإرادة الزوج، أما الحكم الصادر بالتطليق فهو حكم منشئ له، فالنوع الأول تنعدم فيه إرادة القاضي، أما النوع الثاني فتلعب إرادة القاضي في إنشائها و تكوينها دوراً هاًما وايجابًيا، بل تعتبر إرادة القاضي العنصر الداخلي في تكوين هذا الحكم . [2].

يرى الأستاذ **لمطاعي نور الدين:**" إن كل من التطليق والخلع لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلب التطليق لأجل ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة **(48)** من قانون الأسرة "**...وبطلب من الزوجة..**" ومن ثم لا يكون لهما وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطليق أو الخلع، ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد فيكون حينها الحكم القضائي الصادر بشأنهما حكما منشئا.[3]

وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ **بوجاني عبد الحكيم** :" أنه يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها ليس بإرادتها المنفردة وإنما عن طريق القاضي"[4] ، في حين نجد الأستاذ **عمر زودة** يصرح :" في إطار التميز

---

[1] - تقية عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 235.

[2] -المرجع نفسه، ص 241.

[3] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 73.

[4]- بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 174.

- :وهو ما يؤكده الجانب القضائي:من خلال قرار قضائي جاء فيه: " **من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها**"، **أنظر:** المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35026، مؤرخ في بتاريخ1984/12/03 **المجلة القضائية**، عدد 04، 1989، ص 86.

بين الحق الإرادي الذي يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني[1]، وبين الحق الإرادي الذي لا يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني فلا ينشأ هذا الحق، إلا بناء على ما يرتكبه الطرف الآخر في الرابطة الزوجية من إخلال بالتزامه.

ومن أمثلة هذه الحقوق حق الزوجة في التطليق[2]، فالزوجة ترفع دعوى وتطالب بالتطليق بناء على أحد الأسباب الواردة في المادة **(53)** من قانون الأسرة فهي تستند على تقرير و المتمثل في إخلال الزوج و تقصيره بأحد الالتزامات الواقعة عليه، فينشأ لها حق حل الزواج .

لا ينشأ الحق في التطليق إلا بوجود إخلال في الالتزامات الزوجية وكنتيجة حتمية ينشأ لها حق إرادي ومن ثمة يصبح الحكم القضائي هو المصدر المباشر للحق الإرادي و الإخلال بالالتزام كمصدر غير مباشر للحكم القضائي المنشئ[3]، في حين ترى **الأستاذة بوزيد وردة:**"أن رفع الزوجة لدعوى التطليق، وما تقدمه من أجل حل رباط الزوجية ليس استعمالا للحق الإرادي، وإنما ممارسة للحق في الدعوى القضائية فيكون تفريقا قضائيًا [4].

وعليه فالتطليق معلق على استيفاء إجراء معين يتمثل في تقديم الطلب للقاضي طبقًا لنص المادة **(53)** من قانون الأسرة، الفقه والقضاء الجزائري أجمعا على أن حكم القاضي بالتطليق هو حكم منشئ لا كاشف،غير أن التساؤل الذي يطرح هل تؤثر طبيعة هذا الحكم على إجراءات الصلح أم لا ؟

إن السند القانوني المعتمد من طرف القضاء لإجراء الصلح في دعاوى قبل أن يصدر قانون الأسرة، هو نص المادة **(17)** المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الملغى، و التي كانت تجيز الصلح في جميع المواد بما فيها قضايا شؤون الأسرة فيما يخص دعاوى الطلاق بوجه عام وهو ما تبناه القضاء في قضايا فك الرابطة الزوجية بمختلف صورها، وعند صدور قانون الأسرة لسنة **1984** الذي جاء بنص المادة **(49)** منه التي تنص على إجراء محاولة الصلح، عمد كل من الفقه ورجال القانون

- ونجد قرار أخر للمجلس الأعلى يصرح :" **حيث أنه إذا كان للزوج أن يوقع الطلاق أمام القاضي، فليس له أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع أو يضارها بما لا تحمل الإقامة معه، ذلك انه للزوجة طلب التطليق منعا للضرر و القاضي جعل له الشرع ولاية عامة في ذلك منعا للأضرار الذي من أنواعه الضرب المتكرر المؤلم** ..."، المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار المؤرخ في 1971/01/12، **نشرة القضاة**، عدد 02،1972، ص ص 61.

[1] - كحق الواهب في الرجوع عن الهبة و حق الخاطب في فسخ الخطوبة .

[2] - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية أثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 99.

[3] - المرجع نفسه، ص 102.

[4] - بوزيد وردة، مرجع سابق ،ص50 .

وحتى القضاء الذي بادر إلى تطبيق نص المادة **(49)** منه كأساس قانوني على جميع صور فك الرابطة الزوجية بما فيها دعوى التطليق.

فكان هناك خلط وعدم التمييز بين الصلح الذي يتم أمام القاضي بعد نطق الزوج بالطلاق والذي أساس إجراء الصلح فيه هو نص المواد **(49)** و**(50)** مع الصلح الذي يجرى في دعاوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة الذي أخضعه كل من الفقه و القضاء إجراءه إلى نفس المادتين السالفتي الذكر، الشيء الذي أدى إلى وقوع الالتباس و التداخل في أحكامهما، وخير دليل هو تطبيقهم نص المادة **(49)** من قانون الأسرة على كل من التطليق و الخلع في حين أن هذا النص يخص الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فقط[1]، و لا علاقة لها بالتطليق فدعاوى التطليق يجرى فيها صلح ليس استنادًا لنص المادة **(49)** كما يذهب إليه السواد الأعظم من الفقه، و هو خطأ شائع.

والجدير بالذكر أن المحكمة العليا، وقعت هي الأخرى في نفس الخطأ فكانت تقضي ولا تزال إلى غاية اليوم من خلال قراراتها، بحيث يلاحظ أنها دائما تحاول إسقاط أحكام المادة **(49)** و**(50)** عند تطبيقها لأحكام الصلح وكذا أحكام الرجعة في دعاوى الخلع والتطليق في العديد من قراراتها [2].

---

[1] -لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 76 .

[2] - وما يؤكد ذلك هو موقف المحكمة العليا من خلال قرار صادر لها بتاريخ **1997/10/23** " **بدعوى أن المحكمة فصلت في طلب التطليق المقدم من طرف المطعون ضدها دون منح أجلا للطاعن ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح".** وكان رد المحكمة العليا عن هذا الوجه كالأتي :" **لكن حيث أنه لا يستخلص من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد طلب أجل ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح ولكن كان يمثله محاميه، إضافة إلى أن الحكم المطعون فيه يتضمن الإشارة إلى أنه صدر بعد تأجيل القضية عدة مرات ليتمكن طرفيها من إبداء دفعوهما .ومن جهة أخرى فالمادة (49) من قانون الأسرة تنص على أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي يتم دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاث أشهر مما يجعل الوجه غير مؤسس مرفوض...**"، **انظر:** المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 174132، مؤرخ بتاريخ 1997/10/23، **نشرة القضاة**، عدد 55 ، 1999، ص179 إلى 181.

-وجاءت في حيثيات قرار أخر ما يلي: "**إن الحكم بفك الرابطة الزوجية، لا يصدر إلا بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين، عملا بأحكام المادة (49) من قانون الأسرة. يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (49) من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية الشئ الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه و إحالته على نفس المحكمة ...**"، **انظر:** المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية الشخصية، قرار رقم 96688 ، مؤرخ في 1994/01/18، **نشرة القضاة** ، عدد 50، 1997، ص 80الى 84.

وجاء في قرار أخر صادر بتاريخ **2014/01/16** أن الطاعن أثار وجهين للطعن لتأسيس طعنه عن الوجه الثاني الفرع الأول المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادة **53** فقرة **10** من قانون الأسرة.والفرع الثاني المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادة **(49)** من قانون الأسرة و المواد **(439)** فضلاً عن أن المحكمة لم تعقد عدة جلسات صلح كما أشارت إلى ذلك بعقد جلسة صلح بين الطرفين بل استمعت إلى المطعون ضدها بينما لم يتمكن الطاعن من الحضور إلى جلسة محاولة

فإذا أتينا إلى نص المادة (49) من قانون الأسرة، المشرع أبدا لم يقصد تطبيقها على دعوى الخلع أو الطلاق قبل البناء أو دعوى التطليق، لأنه ولو فرضنا أنه يمكن تطبيق نص المادة **(49)** على دعاوى التطليق، فإنه يصح كذلك تطبيق نص المادة **(50)** من نفس القانون، و هذا لا يعقل لأن هذه المادة في حد ذاتها تنص عن من يراجع زوجته و ليس من تراجع زوجها، فهل يعقل أن نقول من راجعت زوجها ؟ الجواب " لا "، فالمشرع يخاطب الزوج الذي أوقع الطلاق بإرادته المنفردة، ويراجعها خلال مرحلة الصلح و لم يقل مطلقاً من راجعت زوجها وهذا يستنتج من روح نصوص قانون الأسرة، باستعمال طرق التفسير الداخلية ولاسيما موقع النصوص القانونية وطريقة ورودها منهجيًا ومنطقيًا.

لكي يتأكد الدليل و يقوى أكثر عند اللجوء إلى طرق التفسير الخارجية، وضع فالمشرع و نص المادة **(222)** من قانون الأسرة التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية، وهنا نطرح سؤال مفاده: لمن يثبت حق الرجعة للزوج أم للزوجة؟، ومتى وفي أي نوع من أنواع فك الرابطة الزوجية؟، و بالتأكيد سوف يكون الجواب يثبت للزوج كحق خالص له و بمفرده وأثناء فترة محددة أي أثناء العدة في الطلاق الرجعي، و بالتالي لا علاقة للتطليق بالمواد **(49)** و **(50)** و **(51)** و **(52)**، لأنه تخص فقط الطلاق بالإرادة المنفردة [1].

ففي التطليق العلاقة الزوجية تبقى قائمة إلى غاية استجابة القاضي إلى طلبها وقد لا يحكم لها بالتطليق لأنه قد يرفض طلبها، وطالما أن التطليق ينشئه القاضي فلا مجال للحديث عن الرجوع قبل

الصلح، و بذلك يكون القاضي الأول قد قصر في مساعي الصلح و خالف بذلك الهدف و التطبيق السليم للمواد المشار إليها ."ردت المحكمة العليا وكان تسببيها كالأتي :" **.عن الفصل في دعوى التطليق و إجراء محاولة للصلح و في غياب الطاعن، فان العبرة في احترام نص المادة (49) من القانون، هي بإجراء محاولة الصلح وحضور طالب فك الرابطة الزوجية لمحاولة الصلح، ويعود تقدير عدة محاولات الصلح للقاضي الموضوع و لا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا، لأنه لأدرى بمدى تمسك طالب فك الرابطة الزوجية بطلبه، و عليه فان هذا الفرع غير مؤسس ويتعين رفض الوجه ورفض الطعن** " **أنظر:** : المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0879231، المؤرخ في 2014/01/16، **غير منشور** .

[1]- لان الزوج يطلق بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة **(48)** من قانون الأسرة ثم الزمه المشرع من أجل إثبات هذا الطلاق بموجب المادة **(49)** من نفس القانون و على أن يجري القاضي من تاريخ رفع الدعوى لمدة ثلاثة**(03)** أشهر والتي تقابل عدة الطلاق الرجعي وبمقتضى نص المادة **(50)** إذ الزوج استعمل حقه في الرجعة أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد اما بعده يحتاج إلى عقد جديد كون الزوجة زالت ، ثم تعرض المشرع إلى انه لا يجوز للرجل الذي طلق ان يراجع من طلقها ثلاث ففي كل المواد المشرع يخاطب الزوج وجاءت النصوص متوافقة ومنطقية ثم اكبر دليل جاء في المادة 52 في حالة ما إذا تبين للقاضي تعسف الزوج حكم للمطلقة أي التي طلقها زوجها لا القاضي بالتعويض ثم انتهى من تنظيم الطلاق بالإرادة المنفردة و بعده مباشرة تطرق إلى طلب الزوجة للتطليق في المادة **(53)** من نفس القانون ثم بعدها تناول مسألة الخلع فلم يخلط المشرع بين أحكام هذه المواد و لم يعتمد نظام الإحالة.

صدور الحكم، ولهذا المشرع لم يقل من راجعت زوجها وهذا هو المنطق فلا يوجد حل الرابطة الزوجية قبل النطق بالتطليق، فالقاضي هو من ينشئ الطلاق نيابة عن الزوجة في حالة إثباتها لدعواها بشان الحالة أو الحالات التي تدعيها وعلى القاضي أن يقضي بالتطليق لا بالطلاق [1].

بالإضافة إلى أن المقصود بمصطلح الصلح في المادة **(50)** هي فترة زمنية وهي العدة، فكيف نطبقها على الزوجة التي تطلب التطليق و عدتها لا تكون إلا بعد الحكم[2]، فإذا وقع صلح قبل أن يحكم القاضي لا يوجد فك العصمة و لا يوجد عدة، و بالتالي لا يطرح أي إشكال لأن الزوجية قائمة و لم تنحل أصلاً فالزوجية قائمة حقيقة و ليس حكما و لا نتحدث عن الرجعة، لأن الزوج لم يطلق.

أما في حالة ما إذا صدر حكم تنقضي العلاقة الزوجية و تترتب عليها عدة لكن لا تؤثر على أي شئ فلا تجعل من الزوجية قائمة حكماً كما هو عليه الحال في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، التي تمتد طيلة مدة ثلاثة**(03)** أشهر،[3]وهنا القاضي إن لم يثبت له الضرر لا سيما في حالة الشقاق يبعث حكمين. لكن في المادة **(49)** إذا وقع طلاق انتهى الأمر فوجب إثبات هذا الطلاق فما الفائدة من تعين الحكمين.

أما إذا لم يقع الطلاق بعد تحري القاضي له إمكانيتين إما أن يجري الصلح حسب مقتضيات المادة **(439)** و **(49)** من قانون الأسرة مع إمكانية أخرى و هي أن يعين حكمين لإجراء الصلح بمقتضى المواد **(56)** من قانون الأسرة وكذا المواد **(446)** وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فما معنى أن نجري صلح في دعوى تطليق ونربط المراجعة بدون عقد جديد خلال فترة معينة تسمى فترة الصلح، ثم نجري صلح آخر بعد انتهاء تلك الفترة و قبل صدور الحكم أو بعد صدوره، ونقيد المراجعة بعقد جديد، علماً أنه في التطليق فك الرابطة الزوجية وصدور الحكم يكونان في نفس اللحظة، لأن التطليق والحكم به يكونان في حالة تتطابق.

---

[1] - هويدي الهاشمي، توضيحات فيما يخص الطلاق و التطليق ومتاع البيت، الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأسرة ،عدد خاص، ، الجزائر، 2001، ص 21 .

[2] - التطليق له عدة شرعية لكن أحكامه تختلف عن أحكام عدة الطلاق الرجعي .

[3] - لا مجال للحديث عن العدة لأن هذه الأخيرة لا تترتب إلا بعد صدور حكم قضائي، على خلاف ما هو عليه الوضع في طلاق الزوج الذي تكون العدة من تاريخ نطق الزوج لا رفع الدعوى، ومادامت العدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم القضائي للقاضي أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر كون أن العدة و الحكم وفك الرابطة الزوجية ينشئون في نفس اللحظة . فتنقضي العلاقة الزوجية و تترتب عليها عدة لكن لا تؤثر على أي شئ فلا تجعل من العلاقة الزوجية قائمة حكما كما هو عليه الحال في دعوى طلاق الزوج و التي تمتد طيلة مدة 3 أشهر .

فقبل صدور الحكم العلاقة الزوجية لا تزال قائمة وإجراء الصلح هنا غير مقيد لا بمدة زمنية لا بعدة و لا يوجد رجعة بمفهوم أحكام الرجعة و إنما يمكن لزوجة أن تتراجع عن طلب التطليق. في حين المقصود بالمادة (**50**)أن الزوج له أن يستعمل حق الرجعة في وقت سماه المشرع بفترة الصلح - أثناء محاولة الصلح- الذي هو في حقيقة الأمر فترة العدة - أي أثناء العدة - دون رضا الزوجة، أما بعد انتهاء فترة العدة سواء قبل صدور الحكم أو بعده يحتاج إلى عقد جيد حيث يستلزم رضا الزوجة في هذه الحالة وهنا نكون أمام الصلح، وهذا ما لا ينطبق على التطليق إذ لا توجد عدة إلا بعد فك الرابطة الزوجية؛ وهذه لا تتحقق مادام لم يصدر القاضي حكمه.

و بالتالي من العبث أن نطبق نص المادة (**50**) على التطليق فمن يقول غير هذا يكون وقع في سوء فهم وتفسير نص المادة (**49**) و بالتبعية نص المادة (**50**) وهو ما نلاحظه من خلال الممارسة القضائية و التطبيقات القضائية من خلال اعتمادها في تطبيق المادة (**49**) و(**50**) من قانون الأسرة في دعوى التطليق فيما يخص إجراء محاولات الصلح، و الذي هو تطبيق خاطئ للقانون[1] .

و أمام انعدام نص صريح لإجراء الصلح في دعاوى التطليق على خلاف نصوص المدونة المغربية نجد كل حالة طلاق أو تطليق أو خلع إلا و لها نص يخص إجراءات الصلح أو نجد المشرع المغربي يعتمد نظام الإحالة إلى المواد المتعلقة بالصلح، وهو ما لم يفعله المشرع الجزائري فيتعين على القاضي أن يستند إلى نص المادة (**4**)من من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كمبدأ عام الذي يخول للقاضي بصفة عامة و لقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة اللجوء إلى تطبيقه، أو أن يكون إجراء الصلح استنادًا إلى نص المادة (**439**) وما يليها من نفس القانون،لأن صياغة هذه المادة جاءت عامة وتنطبق على جميع صور فك الرابطة الزوجية.

بعد أن تم توضيح الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالتطليق وعلاقته بالصلح، غير أنه يبقى سؤال يطرح نفسه بإلحاح مفاده هل للقاضي سلطة تقديرية لإجراء الصلح في مختلف أسباب دعاوى التطليق ؟هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه من خلال الفرع الثاني التالي.

---

[1]- جاء في حيثيات إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي " **. لكن وحيث أن الطلاق المحكوم به كان على أساس الضرر الحاصل للزوجة بسبب فعل المطعون ضده، لان المادة 53 من قانون الأسرة، تسمح للزوجة بطلب التطليق، طبقاً للفقرة السادسة من المادة المذكورة، كما أن نفس المادة 50 من نفس القانون تقضي بأنه بعد صدور الحكم بالطلاق فان المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد .** "، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 239349، مؤرخ في بتاريخ 2000/2/22، **المجلة القضائية** ، عدد خاص، 2001، ص 107 و 108.

الفرع الثاني

محاولات الصلح في دعاوى التطليق

وردت حالات وردت في نص المادة **(53)** من قانون الأسرة عشوائيًا، بالإضافة إلى خصوصية وظروف كل قضية، وأمام غياب نصوص قانونية تستثني بعض الحالات من إجراء الصلح لغياب الحكمة من تشريعه[1]، اقتضى الأمر تناول حالات التطليق التي إجراء الصلح فيها يكون له فائدة(**أولاً**) وحالات إجراء الصلح فيها يعد إجراءا شكليا بدون جدوى **(ثانياً)** وحالات إجراء الصلح يكون مخالفا للنظام العام **(ثالثاً)**. على ان تقتصر الدارسة في هذه النقطة على بعض حالات التطليق و ليس كلها .

أولاً -الصلح المنتج في بعض حالات التطليق:

هناك حالات اين يكون لصلح أثر منتج منها الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية(أ)، و حالة ما إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق لعدم الإنفاق**(ب)** كذالك حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج **(ج)**

أ- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية:

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة(**53 /4**) من قانون الأسرة، للزوجة أن تطلب التطليق بسبب: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، ومن خلال تفحص هذه المادة يتبين أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطليق على أساس هذا السبب إلا بتوفر الشروط التالية :

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به[2].

---

[1]- على خلاف التشريع المغربي. تنص المادة **(113)** من مدونة الأسرة :" **يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (98) أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة ...**"

[2]- وكان المشرع ينص في النص القديم على أن يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج أو إدانة المحكمة بالحبس بينما ألان أصبح المشرع لا ينص على مثل هذا الشرط، و اكتفى بالقول أن الحكم على الزوج عن جريمة و من ثمة إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع و قف التنفيذ يعتبر الشرط متوفرًا خلافاً على ما كان عليه الوضع في السابق **أنظر:** تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 54 .

-أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة، و المقصود بذلك أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عار على الأسرة، ومن قبيل هذه الجرائم ضرب و شتم الفروع للأصول، وجريمة هتك العرض، خطف الأطفال...الخ.

- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا حيث يتحول الحب الى بغض و كراهية و تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق[1]، و بجمع هذه الشروط المجتمعة يمكن للزوجة طلب التطليق وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك وفي هذا المجال وجب التمييز بين ما إذا كان إجراء الصلح في حد ذاته منتجا، أو لا جدوى منه أصلاً بحسب ظروف ووقائع القضية، بحيث يتطلب الأمر أن يكون القاضي في بداية الأمر مطلعا جدًا على الملف و بناء على ظرف القضية يجري الصلح، فإذا كانت هنالك دعوى تطليق مرفوعة من قبل الزوجة على أساس صدور حكم جزائي ضد الزوج يقضي بعقوبة ماسة بشرف الأسرة، وهو في المؤسسة العقابية فعلى القاضي من خلال جلسات الصلح التي يعقدها أن يأمر بإحضاره ليمثل أمامه، إذا كان بالإمكان إخراج المحبوس أو على الأقل سماعه بموجب إنابة قضائية.

يتأكد القاضي من طبيعة العقوبة وسماع تصريحات كل طرف، لأنه في إطار القيام بالصلح، إذا كان محكوما عليه بمدة ليس بالطويلة أو أن الزوج قضى العقوبة، و خرج من السجن ثم تأتي الزوجة وترفع طلبها أنها لا تستطيع أن تعيش مع زوجها، هنا القاضي يستطيع إجراء الصلح، من أجل حثها على الاستمرار في الحياة الزوجية، و تتراجع عن طلبها، وفي هذه الحالة يلعب القاضي دورا كبيرا في إقناع الزوجة بأن الزوج أخطئ فعلاً، وهو نادم على ما فعل وهو مستعد لكي يتغير و يستأنف الحياة ويتخلى عن التصرفات السيئة أنه يتعين على الزوجة منحه فرصة أخرى ليتدارك الخطأ، و يندمج في الأسرة و المجتمع من جديد فباب التوبة مفتوح والعفو عليه لاسيما و أن الزوج يتمسك بالزوجية .

ب-التطليق بناء على عدم الإنفاق :

إن النفقة أثر من أثار عقد الزواج الصحيح[2]، فتنص المادة **(74)** من قانون الأسرة :" **تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و80 من هذا**

---

[1]- وكان المشرع ينص في النص القديم على أن يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج أو إدانة المحكمة بالحبس بينما ألان أصبح المشرع لا ينص على مثل هذا الشرط، و اكتفى بالقول أن الحكم على الزوج عن جريمة و من ثمة إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع و قف التنفيذ يعتبر الشرط متوفرًا خلافاً على ما كان عليه الوضع في السابق **أنظر** : تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 54 .

[2]- ولا تجب النفقة للزوجة إذا كان الزواج فاسدا، أو كانت الزوجية غير صالحة لتحقيق أغراض الزوجية. إنما و جبت النفقة للاحتباس الزوجة للزوج، و لرعاية الأولاد و شؤون البيت.

القانون "، ولهذا أولى المشرع اهتمامًا كبيرًا بمسألة الإنفاق على الزوجة في كل الأحوال [1]، وأكد على الطابع الإلزامي لتسديدها، والإخلال بهذا الالتزام موجب للزوجة حق طلب التطليق ولذلك اشترط المشرع شروط وهي:

-شرط عدم إنفاق الزوج على زوجته بامتناعه عن تقديم ما تحتاجه الزوجة طبقا للمادة **(78)** من نفس القانون.

-شرط استظهار الزوجة بحكم يقضي بالنفقة على الزوج لقبول دعواها[2]، لكن هناك من يرى أنه ليس من الضروري إحضار الزوجة حكم قضائي صادر عن قاضي شؤون الأسرة يقضي بوجوب النفقة و رفض الزوج الامتثال أو استظهار حكم جزائي يقضي بالإهمال العائلي لعدم الإنفاق .بل يكفي أن تلتمس الزوجة التطليق بأن تثبت عدم إنفاق الزوج عليها لمدة معقولة[3].

-شرط أن لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج عند العقد، فإذا وجد القاضي أثناء إجرائه للصلح أن الزوجة كانت عالمة بعسر الزوج عند عقد الزواج، فلا يحق لها طلب التفريق للإعسار، لرضاها بالعقد فتكون بذلك أسقطت حقها في طلب التطليق.وما نلاحظه أن المشرع لم يحدد للزوجة ضمن أحكام قانون الأسرة مدة الانتظار التي تكون ما بين تاريخ الحكم بوجوب الإنفاق وبين تاريخ عدم الامتثال، فأمكن القاضي أن يمهل الزوجة إلى فترة شهرين قياسا على نص المادة **(331)** من قانون العقوبات[4]، وبذلك ينصح القاضي الزوجة أن تنتظر مهلة شهرين متتابعين وإذا امتنع الزوج عن النفقة يكون مبررًا لها طلب التطليق[5].

-أن يكون الزوج ملزماً بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي.و تسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه عنها قانونا[6]. فاجتهاد المحكمة العليا استقر على أن:" **نفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء كان**

---

[1] - سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية غنية أو فقيرة ، بشرط أن لا تتصرف الزوجة تصرفًا مسقطًا للنفقة كالنشوز كون الزواج فاسدًا أو باطلاً .

[2] - بيد انه يتبين انه خلاف ذلك في بعض القرارات التي أكدت على شهادة الشهود اكدوا إهمال الزوج لزوجته عند أهلها وعدم الإنفاق عليها دون الالتفات إلى نص المادة **(53)** من قانون الأسرة، التي تستوجب حكم قضائي لقبول دعوى التطليق. **وانظر أيضا:** قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 19 .

[3] - المرجع نفسه، ص 18.

[4] - المادة **(331)** من قانون العقوبات .

[5] - قويدري خيرة ، مرجع سابق، ص 24.

[6] - ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى عين مليلية ، الجزائر 2007، ص 30

موسرًا أو معسرًا، و تخضع للنفاذ المعجل، وأن يـُسر الزوجة، لا يسقط حقها في النفقة بدون مبرر شرعي ".ولذلك يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يصلح بين الزوجين. و يفهم الزوج بأنه مسؤول عن الإنفاق إذ جاء في قوله تعالى " **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**"[1]، ولأجل ذلك كانت القوامة للرجال، و إلا فيصبح الرجل الذي لا ينفق يأخذ حكم المرأة، وغالباً ما يؤثر القاضي على الزوج عند إخباره و إفهامه لواجبه وينبه القاضي الزوج انه في حالة امتناعه وعدم امتثاله لدفع النفقة.

يخول القانون للزوجة حق متابعة زوجها جزائيًا طبقًا لأحكام المادتين (**330**) و (**331**) من قانون العقوبات بتهمة الإهمال العائلي و الامتناع عن دفع نفقة مقررة بحكم قضائي، لأن نص المادة (**331**) تنص: " **يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه..وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة..**".

نجد أيضا نص المادة (**330**) التي تنص أن يعاقب الزوج الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين و يتخلى عن كل التزاماته الأدبية أو المادية أو انه يتخلى عن زوجته وهي حامل فلا يراعاها ولا ينفق عليها، فيكون أيضا تحت طائلة المتابعة الجزائية إذا ما قدمت زوجته المتضررة شكوى، وما يلاحظ في غالب الأحيان أن الأزواج يخشون المتابعة الجزائية و الحكم عليه بالعقوبة الجزائية حينئذ يسارعون إلى دفع النفقة[2].

ذهبت غرفة الجنح و المخالفات بالمحكمة العليا إلى حد اعتبار:" **المنح العائلية وأجرة المسكن من مستلزمات النفقة، وأن الامتناع عن تسديدها لمدة تجاوزت الشهرين، يعد مرتكبا لجنحة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها في المادة (331)** "[3] وفي قرار آخر صادر عن غرفة الجنح و المخالفات بتاريخ **2007/07/28** قضت أنه:" **إذا قدم الزوج المتهم ما يثبت تسديد النفقة المحكومة عليه يسقط عليه الالتزام**

[1]- سورة النساء، الآية 34.

[2]- غضبان مبروكة، النفقة بين التشريع و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، ،الجزائر ، 2010 – 2011، ص 45.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، قرار رقم 391497، مؤرخ في 2008/01/30، **غير منشور**.

بالتسديد"[1]، وبالتبعية إذا كانت دعوى التطليق مرفوعة فإنها قد تنتهي إلى وقوع صلح بين الزوجين أو تنتهي إلى الرفض، غير أن جريمة عدم تسديد النفقة من الجرائم المستمرة و يبقى المتهم مرتكبًا لها إلى حين دفع ما بذمته لصالح مستحقها[2] وتكرر جنحة عدم تسديد النفقة كلما امتنع المطالب بها عن التسديد، فيجب على الزوج أن يعلم أن جنحة عدم تسديد النفقة لا تخضع لحجية الشيء المقضي فيه طبقاً لأحكام المادة **(6)** من قانون الإجراءات الجزائية باعتبارها جنحة متكررة أو متتالية[3].

و كما أن القاضي في جلسة الصلح يحاول مع الزوجين تحديد تاريخ عدم الإنفاق، ويدون ذلك في محضر بشرط أن لا يكون أكثر من سنة قبل رفع الدعوى وعند عدم تحديده، يعتبر من تاريخ رفع الدعوى، إلا إذا اثبت الزوج الإنفاق ببينة كتقديم حاولات بريدية[4]،وفي هذا المجال لإبراز الدور الايجابي الذي يلعبه القاضي أثناء محاولات الصلح عندما ترفع الزوجة دعوى تطليق على أساس أن زوجها لم ينفق عليها منذ ستة أشهر، و هي في بيت أهلها بدون نفقة هي و أبنائها لكن الزوج قد يتمسك بأنه ملتزم بدفع النفقة شهريًا ويحضر حوالات بريدية تثبت دفعه للنفقة في الحساب الجاري الخاص بالزوجة إلا أن الزوجة تنكر ذلك.

ويبقى مجرد إرسال الحوالة دليلاً ناقصًا كونها ورقة صادرة من الخصم و لا تعد دليلاً كاملاً يعتد بها، إلا إذا أثبت أن المبلغ محل الحوالة دخل فعلاً حساب الزوجة بطرق الإثبات المقررة طالما أن الزوجة تنكر تلقيها للمبلغ أو دخوله لحسابها، وطبعاً القاضي وما له من سلطات يعمل على إبراز ذلك وهو ما يؤكده قضاء المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ **2015/02/12**[5]، بأن يطلب من الزوجة إحضار كشف بيان لحسابها الجاري الذي يثبت جميع العمليات المالية ومصدرها، في جلسة الصلح المقبلة، وعند إحضارها للوثيقة التي تكشف العمليات يتبين وأن الزوج كان يرسل النفقة لزوجته وأن المبالغ

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، قرار رقم 379923، مؤرخ في 2007/02/28، **غير منشور**.

[2] - المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، قرار رقم 291721 ، مؤرخ في2004/07/27، **غير منشور**.

[3] - المحكمة العليا،غرفة الجنح و المخالفات، قرار رقم 274013، مؤرخ في2004/07/06، **غير منشور**

[4] - غضبان مبروكة، مرجع سابق، ص 45.

[5] - **"وأن المحكمة انتهت إلى المبلغ المذكور استنادًا إلى الحوالة رقم ...التي أكدت أنها تفيد أن المدعي قام بدفع المبلغ المذكور في الحساب الجاري للطاعنة، و هو التسبيب الذي اعتمده القرار في تأييده للحكم بالرغم من أن الطاعنة خلال مرحلة الاستئناف أنكرت تلقيها هذا المبلغ و بالتالي فإن مجرد إرسال الحوالة يبقى دليلاً ناقصا كونها ورقة صادرة من الخصم، و لا تعد دليلا كاملا يعتد بها إلا إذا أثبت أن المبلغ محل الحوالة دخل فعلاً حساب الطاعنة بطرق الإثبات المقررة طالما أن الطاعنة تنكر تلقيها للمبلغ أو دخوله لحسابها وهو ما كان على القضاة القطع فيه و إبرازه، في حيثيات قرارهم مما يجعل القرار مشوبا بقصور التسبيب ..."**
<u>أنظر</u>: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0851476، مؤرخ في 2015/02/12، **غير منشور** .

محل الحوالة لمدة ستة أشهر كانت تدخل فعلاً في حساب المدعية غير أن الخلل يكمن في أن أخ الزوجة كان يسحب الأموال دون علمها مستعملاً بطاقتها المغناطيسية فلو لا تدخل القاضي بما له من سلطات في ظل دوره الايجابي لما تمكن الزوجان من معرفة الحقيقة ولما تصالحا.

يعمل القاضي في محاولات الصلح على أن يقنع الزوج بأنه ملزم بالإنفاق، مادام هو المسؤول على أسرته سواء كان غنيا أو فقيرًا على أن يكون إنفاقه حسب حالته المادية، ولا يعفى من الإنفاق على زوجته و على عياله، و لا يأخذ بشهادة البطالة، أو عدم العمل كحجة لعدم الانفاق[1]، كما جاء الاجتهاد القضائي في هذا الشأن بأن:" **الدفع بأن الزوج بطال، لا يعتبر حجة لإعفائه من الإنفاق على زوجته و أولاده، وما دام قد أنشأ أسرة، عليه بالعمل لتوفير هذه النفقة لأسرته**"[2]، وكما جاء في اجتهاد المحكمة العليا على أنه " **يعتبر الزوج ناشزا، في حالة رفضه تسديد النفقة و يتحمل مسؤولية الطلاق** "[3] يحاول القاضي بأن يدفع بالزوجين إلى التصالح على النفقة وإن كان الزوج معسرًا عملاً بمبدأ " لا ظلم من المعسر، في امتناعه عن الدفع، لعجزه عن الأداء[4]، مصداقًا لقوله تعالى: " **وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ**"[5].

وفي حالة فشل القاضي في محاولات الصلح فإنه يجب أن يحسم أمر النفقة، التي تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة. وعلى القاضي أن يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش، فكل قضية تختلف عن القضية الأخرى، وفي هذا الشأن ذهب اجتهاد المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ **2007/05/09** " **أنه يجب على قضاة الموضوع تحديد وتقدير النفقة و بدل الإيجار حسب كشف الراتب الشهري للوالد، حتى لا يتضرر هذا الأخير** "[6].

وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ **2007/03/14** قررت " **على أنه تلزم المادة (79)من قانون الأسرة القضاة عند تقديرهم للنفقة مراعاة حالة كل من المطلق و المطلقة المادية، والاجتماعية، فإن عدم الإجابة على**

---

[1] - غضبان مبروكة، مرجع سابق، ص 45.

[2] - قرار رقم 342016، مؤرخ بتاريخ 2005/10/12، **غير منشور**، **أنظر**: غضبان مبروكة، المرجع نفسه، ص 78.

[3] - قرار رقم 383189، مؤرخ بتاريخ 2007/03/14، **غير منشور**، **أنظر**: المرجع نفسه، ص73 .

[4] - المرجع نفسه، ص 75.

[5] - سورة البقرة، الآية 280.

[6] - قرار رقم 393590، مؤرخ في 2007/05/09، **غير منشور**، **أنظر**: غضبان مبروكة، المرجع نفسه، ص 82.

دفع الطاعن لكونه غير عامل، وحالته المادية متواضعة، وسيئة، يعد قصورًا في الأسباب ومخالفة للقانون "[1] ورود في أحد قراراتها أيضا أن " **الأب ملزم بدفع نفقة المحضون بما فيها أجرة السكن، و لا يشاركه فيها أحد غيره "**[2]، وكما يطرح القاضي في جلسة الصلح مسألة توفير السكن للحاضنة وهو ما يدخله القضاء الجزائري ضمن النفقة[3]، وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ **2007/07/11** " **إن السكن يعتبر عنصرًا من عناصر النفقة الواجبة على الأب نحو أبناءه طبقا لأحكام المادة (78) من قانون الأسرة وأن منح بدل الإيجار لممارسة الحضانة لا يتطلب تقديم أي مبرر، أو بينة لاستحقاقه طبقا لأحكام المادة (72) من قانون الأسرة "**[4].

وفي قرار أخر لها أقرت أنه " **لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن "**[5] لأن نص المادة **(72)** في حالة الطلاق يوجب على الأب توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة و إذا تعذر فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

ولذلك لا تكون جلسة الصلح دائماً الغرض منها دفع الزوجة للتراجع عن طلبها للتطليق، وإنما قد تكون مناسبة لمناقشة أمور النفقة، والسكن، والمتاع و المصوغ، أين يناقش هاته الأمور بحضور الزوجين و يدون كل ما يتعلق بهذا الشأن، على أن لا يؤخذ بما ورد في المذكرات الجوابية، فأقوالهما تعد بمثابة قرار قضائي له حجة قاطعة. وكذلك عندما يدون القاضي هذه الأمور في محضر عدم الصلح كأن يناقش مسألة نفقة الأولاد وما هو المبلغ الذي سوف يلتزم به بعد الأخذ بعدة عناصر في تقديرها (فيما إذا كان الزوج عاملا، أو غير عامل، له مهنة حرة أولا، كشف المداخل، عدد الأبناء وهل هم متمدرسون أم لا هل يعانون من مرض مزمن مثلاً أو لا، هل يوجد رضيع وهل المرأة حامل ؟، ويطلب إحضار شهادة الضرائب التي تحدد بدقة مهنته، ومركزه لأنه قد يحضر شهادة عدم العمل ليتهرب من المسؤولية..الخ).

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 386776، مؤرخ في 2007/03/14،غير منشور.

[2] - المجلة قضائية، عدد 01، 2004، ص 279.

[3] - وإن كان السكن الآن بمفهوم المادة **(72)** من قانون الأسرة يدخل في مفهوم توابع الحضانة، على عكس السكن في نص المادة **(78)** من قانون الأسرة، الذي يخص الحق في السكن والمطالبة به،مثلاً عندما يخرج الزوج الزوجة و الأولاد ويطردهم.

[4] - محكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 400034، مؤرخ في 2007/07/11، **غير منشور.**

[5] - المجلة القضائية، العدد 01، 2004، المرجع السابق، ص 285.

تناقش كل هذه العناصر مع الزوجين في جلسة الصلح ومرد ذلك حتى يتفق الزوجان على هاته الأمور و إن وقع اختلاف يرجع تقدير ذلك إلى القاضي، وبالتالي في جلسة الصلح يحاول القاضي تنظيم نتائج الطلاق، ليكون الأمر ودياً قدر المستطاع ولا سيما و أن كل زوج وحالته وظروفه تختلف من زوج إلى آخر، فلا يوجد مبلغ محدد يلزم به الأزواج و بعد مناقشة كل هذه العناصر يخرج القاضي مع الزوجين بمقدار معين يلزم الزوج بأدائه و لا يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا وإنما تنصب الرقابة على العناصر المعتمد في تقدير النفقة، ولذلك لما تدون هذه الأمور في محضر عدم الصلح أو محضر الصلح فيغلق مجال الطعن فيها بالاستئناف لخفض قيمتها[1].

لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده أورد ضمانات للحصول على النفقة بدلاً من سلوك دعوى التطليق بأن قرر امتياز عن كل الديون التي هي في عاتق المدين، وكما نعلم لا امتياز إلا بنص، فقد نصت المادة **(777)** منه " **على أنه يجوز الحجز على أجر أو المرتب بقيمة النفقة الغذائية إذا كان الدين المحجوز عليه من أجله يتعلق بالنفقة الغذائية للقصر أو الوالدين أو الزوجة أو كل من تجب نفقتهم قانونا على أن لا يتجاوز الحجز نصف الأجر أو المرتب..**"، تبقى للديون المتعلقة بالنفقة الغذائية حق الأولوية على باقي الديون عند الاستيفاء وفقًا لترتيب المنصوص عليه في القانون المدني[2]، وهذا كجزاء على عدم دفع النفقة فليس بالضرورة اللجوء إلى القضاء وطلب التفريق لعدم الإنفاق، و لاسيما و أنه بيد الزوجة حكم قضائي يلزم الزوج بالنفقة وهذا الأخير يعد سند قابلاً للتنفيذ .

ج-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

يعد هذا السبب من بين الأسباب المستحدثة بموجب الأمر رقم **05/02** في الفقرة التاسعة من المادة **(53)**من قانون الأسرة. فالأصل أن الشارع هو الذي يرتب أثار عقد الزواج، وذلك صونا وضمانا لهذا العقد حتى لا يتعرض إلى شروط قد تتنافى و مقتضاها و تتعارض مع مقاصد الشرع، واستثناء من ذلك، فإنه يبقى للزوجين حق تضمين عقد زواجهما بالشروط التي يرونها ضرورية، والتي من شانها أن

---

[1]- جاء في قرار صادر بتاريخ**2006/12/13** " **انه لا يجوز الحكم بحجية الشيء المقضي فيه فيما يخص النفقة، لأنه يجوز مراجعتها بعد مضي سنة من الحكم القاضي بالنفقة** "، وفي قرار أخر صادر بتاريخ **2006/03/15**" **يجوز مراجعة النفقة حسب ظروف وحال الطرفين طبقا لنص المادة 79 من قانون الأسرة** "، وفي قرار أخر صادر بتاريخ **2005/03/23** " **. ومادام أن النفقة الغذائية تتغير كلما زاد سن مستحقيها وكلما زادت متطلبات الحياة الاجتماعية فإن رفع النفقة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي** "، وفي قرار أخر صادر بتاريخ **2005/05/09** "**يجب إثبات إعسار الزوج في مراجعة النفقة حتى يتم تخفيض مبالغ النفقة عليه** "، **قرارات غير منشورة** **أنظر**: غضبان مبروكة، مرجع سابق، ص 100.

[2]- بحيث تشير المادة **993 /3** من القانون المدني أن النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة من الديون التي لها امتياز على جميع أموال المدين .

تعدل من آثار هذا العقد بالزيادة أو النقصان كان تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، أو تشترط إكمال دراستها أو عملها أو الاتفاق حول نصيب كل من الزوجين في الأموال المكتسبة بعد زواجهما[1]، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة **(19)** من قانون الأسرة [2]، شريطة أن لا تخالف هذه الشروط أحكام قانون الأسرة، ومن ثمة يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد أو للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة، بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضروري.

و إذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط، و رفض الزوج أن يمتثل كرفضه لعمل الزوجة ففي هذه الحالة يجوز لها ليس أن تخالف إرادة الزوج و تبقى مستمرة في عملها، وإنما لها الحق في التطليق، و يشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوبا في عقد رسمي، بل لها الحق في طلب التعويض حسب المادة **(53 مكرر)** من قانون الأسرة . وبهذا أراد المشرع أن يجعل حدًا نسبياً للتلاعب الذي كان يصدر عن الزوج من حيث أنه كان يوافق على جل الشروط عند إبرام العقود و لا يلتزم بها بعد تنفيذه [3].

قد يجد القاضي في جلسة الصلح من خلال سماع الزوجين لتصريحاتهما أن النزاع لا يتعلق بعدم الوفاء بالشرط، وإنما حول صحة شرط من الشروط ومما لا شك أن القاضي من خلال محاولات الصلح وما له من سلطة تقديرية في اختيار رأي من الآراء الفقهية في هذا المجال، فقد يكون الشرط صحيحاً. لكن يتعذر الوفاء به فيحاول القاضي أن يقنع الزوجين بتعديل الشرط أو الإعفاء منه، حرصًا منه على استمرار الحياة الزوجية وعدم تعليقها على هذا الشرط[4].

---

[1] - بولحارس صافية، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ،السنة الجامعية 2013-2014. ص 2 .

[2] - تنص المادة **(19)** صراحة على:" **للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**" .

و كذلك المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة **(37 /2)** من نفس القانون سمح للزوج أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق حول الأموال المشتركة بينهما، و المكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب، فانه لا يمكن للزوج أن يقوم بتعديل أو تغير هذه الشروط بإرادته المنفردة، وإذا لم توافقه الزوجة في ذلك بحيث مثلا أراد الزوج أن تصبح نسبة حق الزوجة بشأن تلك الأموال المقدرة ب 15بالمائة بدلاً من نسبة 30بالمائة المتفق عليها سابقاً ، ففي هذه الحالة يجوز لها طلب التطليق مع حقها في الأموال المشتركة، و فقا للنسبة الأصلية المتفق عليها و هي 30 بالمائة، **<u>أنظر</u>**: تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 56.

[3] - تشوار حميدوا زكية، مرجع سابق، ص 72. 72 .

[4] - بولحارس صافية، المرجع نفسه، ص 2

وأمام تنظيم المشرع لهذه المسألة بمادة واحدة يجعل الأزواج يتفننون في وضع الشروط في عقد الزواج حسب أهوائهم، قصد الوصول إلى مبتغاهم تغريًرا ببعضهم البعض دون وازع ديني ولا رادع قانوني، وأن الأمر يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة والذي مفاده أن الأزواج أحرار في إنشاء الشروط في العقد، مما يؤدي إلى ظهور شروط غير معروفة، ولا منصوص عليها قانوناً نتيجة اتساع الحرية الفردية و رغبة كل زوج في تأسيس حياته الزوجية تبعاً لظروفه الخاصة.

فالقاضي في جلسة الصلح في مثل هذه الدعاوى، له دور ايجابي يتمثل في مراقبة صحة الشروط المقترنة بالعقد وتقدير مشروعيتها، نظرا للتشعب الخلاف الفقهي في هذا المجال، و دوره في ابطال الشرط و الإبقاء على عقد الزواج وأيضاً دوره في تعديل شروط المقترنة بالعقد لإعادته إلى العدالة، بعد أن كانت الشروط مرهقة للملتزم بها أو إذا كانت شروط تعجيزية يستحيل الوفاء بها في ظل الظروف الراهنة [1].وكذا مدى مسايرة مبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية في حياة الزوجين ولذلك وجب تبصير الزوج عن الجزاء الذي يترتب في حالة فك الرابطة الزوجية لأجل عدم الوفاء بها ولذلك نتعرض بعجالة إلى بعض الشروط التي يمكن أن تكون محل عدم الالتزام بها من طرف الأزواج منها : حالة عدم الوفاء بشرط ترك الزوجة تواصل الدارسة**(1)**، حالة عدم الوفاء بشرط عمل الزوجة**(2)** وحالة عدم الوفاء بشرط عدم الزواج عليها**(3).** الضرر المعتبر شرعاً**(4)**، وحالة التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين(5).

1-حالة عدم الوفاء بشرط ترك الزوجة تواصل الدارسة :

يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يقنع الزوجين، بأن الشارع حث على طلب العلم واعتبره فريضة على كل مسلم ومسلمة، وبذلك وجه الخطاب إلى كل مسلم كان ذكورا إناثًا، مما يجعل للمرأة الحق في التعليم وتحسين مستواها، لأنها تشكل نصف المجتمع، وإذا حرمت من ذلك فسوف يفتح الباب أمام الزوجة الجاهلة التي ستنجب أو تربي أولاد جاهلين، وان المجتمع والأسرة باعتبارها خليته في حاجة إلى أمهات متعلمات، قصد منح الأمة ذرية صالحة وفي هذا يقول الله عز وجل: "**شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ وَالْمَلائِكَةُ وَأُوْلُواْ الْعِلْمِ قَآئِمَاً بِالْقِسْطِ لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ**" [2].

وإن كانت المرأة اشترطت في عقد الزواج أن تواصل تعليمها و دراستها ووافق على ذلك الزوج، فهذا يعني أن الزوج قد وافق ورضي بالاحتباس الناقص ولا سيما إذا كان خروجها من بيت الزوجية لا

---

[1]- بولحارس صافية، المرجع نفسه، ص 3 .

[2]- سورة ألعمران، الآية18 .

يؤثر على أدائها لواجباتها، نحو الزوج أو نحو الأولاد وخاصة إذا كانت ملتزمة بأخلاق حميدة وحسنة وحسن السلوك، عند خروجها وشرط مواصلة الدراسة لا يمس بالمقصود الأصلي من عقد الزواج، وأن مواصلة طلب العلم لا يعود عليها وحدها بالمنفعة وإنما لسائر أفراد الأسرة، وحتى في معرفة حقوقها وواجباتها نحو زوجها ونحو أولادها ونحو أهل زوجها، إلا إذا كان من وراء مواصلتها للدارسة أغراض أخرى تمس بشرف الأسرة أو منافياً لمصلحة الأسرة .[1]

2-حالة عدم الوفاء بشرط عمل الزوجة :

فالقاضي ينبه الزوجين في جلسة الصلح إلى أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو بقاء الزوجة في بيت الزوجية وقيامها بشؤون زوجها و بيتها، و يوجد إجماع فقهي بمنع الزوج لزوجته الذهاب إلى العمل بأجر أو بدونه، مادام يحقق لها لها الكفاية، و بالتالي إذا أرادت المرأة الخروج للعمل فلا يحق لها ذلك، ولو كان هذا العمل من الأعمال المهمة في المجتمع كالطب و التعليم ..الخ، لان حق المكوث في مسكن الزوجية واجب على عاتقها، وأن الله عز و جل أجاز عمل المرأة في حالة الضرورة في قوله تعالى: " **وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا**"[2].

حتى الدستور الجزائري كفل للرجل و المرأة الحق في العمل بحيث تنص المادة **(55)** :" **لكل المواطنين الحق في العمل** ". وكما أن نص المادة **(67)** من نفس القانون نص على أن عمل المرأة لا يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وأكيد هناك ضوابط في العمل بشرط أن لا يتنافى مع طبيعتها كأنثى ، ولا يكون مخلاً بالنظام العام، وأن لا يقع تعارض بين عملها ومسؤولياتها و ومتى وافق الزوج على عملها يفترض أن تكون موافقة دائمة تدوم بداوم عقد الزواج، ما لم يأتي طارئ فإذا خالف الزوج ذلك بأن منعها من مزاولة العمل، أو طلب منها التوقف وهي أبت و رفضت طلبه، فهي لا تعد ناشزًا و لا يسقط حقها في النفقة طالما تقوم بواجباتها[3].

---

[1] - بولحارس صافية، المرجع السابق، ص 52. .

[2] - سورة النساء، الآية 32.

[3] - صافية بولحارس، مرجع سابق، ص 55.

لكن يجوز للزوج أن يمنعها من الخروج إلى العمل إذا كانت متعسفة في استعمال حقها، بأن تخرج في مظهر متبرجة أو في صورة تدعو إلى الفتنة أو على شكل يؤدي بها إلى الانحراف أو لعدم بقائها لرعايته أو رعاية أولادها الأمر الذي يجعل شرطها باطلاً[1].

3-حالة عدم الوفاء بشرط عدم الزواج عليها :

يعتبر هذا الشرط من قبيل الشروط التي أصبحت معتبرة من الناحية القانونية، إذ نص عليها المشرع الجزائري في المادة **(19)** من قانون الأسرة بحيث نص عليها أيضا نظيره المغربي في المادة**(40)** من مدونة الأسرة على أنه للمرأة أن تشترط في عقد النكاح ألا يتزوج عليها زوجها، وأنه يمنع التزوج عليها في هذه الحالة ،أما القانون التونسي لا يجيز الزواج بأكثر من واحدة ومن ثم لا يجوز اشتراط هذا الشرط أصلاً .

ويثير هذا الشرط جدلاً كبيرًا نظرًا لارتباطه بمبدأ هام أقرته الشريعة الإسلامية و جسده المشرع من خلال نص المادة **(8)** من قانون الأسرة [2]، التي تسمح بالزواج بأكثر من واحدة وهو تعارض ظاهري فقط لأن القانون يبيح ذلك . وبالتالي يمكن لزوجين الاتفاق على خلاف هذا التعدد و هو الأصل و الاستثناء هو الزوجة الواحدة.

يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يعظ الزوجة، بأن هذا الشرط في حد ذاته لا يخالف مبدأ التعدد و لا يقيد الزوج كذلك، وإن كانت الزوجة تحب في الأصل أن تستأثر بزوجها لنفسها و لا تحب من يشاركها إياه، ومن أجل ذلك ينصح ويدفع بالزوجين من أجل الحفاظ على الأسرة وأن تتنازل عن الشرط الذي وافق عليه الزوج من قبل. وإلا فأنها سوف تخسر زوجها و تصبح مطلقة ويبصرهما بالآثار التي يمكن أن تنجم فيما بعد، ومن أجل مصلحتهما ومصلحة الأولاد أن يتجاوز ذلك.وأحيانا يحاول مع الزوج من أجل الوفاء بالشرط.

يراقب فالقاضي كذالك مدى وجود الشرط في عقد الزواج أوفي عقد لاحق أولاً ثم يبحث في مدى صحته وإن كان الشرط مدوناً لا يوجد مشكل بحيث يسهل للقاضي إيجاد هذا الشرط أما إذا لم يكن مكتوبا فعندها وجب إثباته بالطرق الإثبات لكي يراقب مدى مشروعية و سلامة هذا الشرط وذهب قضاء المحكمة العليا إلى القول أنه : **"من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا**

---

[1]- المرجع نفسه، ص 55 .

[2]- نص المادة **(08)** من قانون الأسرة .

ينافيه و الذي يدخل في باب الكراهة، لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية.."[1].

وفي قرار آخر مناقض له الذي جاء فيه " **حيث انه من المقرر فيه فقها و قضاء جواز اشتراط الزوجة ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة ، بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً و بشرط أن لا تناقض روح العقد..."**[2]، فالقاضي يرى إذا كان هذا الشرط لا يحلل حراما و لا يحرم حلالا، فإذا كان شرط عادي فالمسلمين عند شروطهم، وبعد أن يدرس في هذه الحالة طبيعة الشرط، لكن الزوج متمسك بمخالفته فان الزوجة من حقها التطليق.

و لكن إذا كان هذا الشرط غير منطقي و الزوج اتفق معها على هذا الشرط مثلا كأن يتم وضع شرط بأن يخصص لها سكن منفرد و لكن لا يفي بهذا التزام، أو يتبين للقاضي أنه في يوم و ضع الشرط كانت تعيش مع والدي الزوج، و أخته العزباء ثم توفي الأب، و تزوجت الأخت و بقيت فقط والدة الزوج وهنا يخالف الشرط، و لا ينفذه على أساس أن يعيش مع أمه الكبيرة في السن و الزوجة تتمسك بالتطليق و القاضي هنا يتدخل و له دور إيجابي و يقدر ويقنع الزوجة أن الأمور تغيرت لم تعد نفس الظروف يوم الاتفاق، و بالتالي القاضي يقدر الأمر و يوعي الزوجة بأن الزوج لم يخالف شرطا متفقا عليه في عقد الزواج و إنما الظروف أملت عليه أن لا يترك أمه العجوز الطاعنة في السن و حدها، و يحثها على استمرار الحياة الزوجية و أن يتركها تتصور الوضع لو كانت هي في مكان الزوج، و كان أحد والديها فكيف تتصرف مع هذا الوضع؟، و بعد الأخذ و الرد سوف تقتنع الزوجة بأن زوجها لم يخالف الشرط فيتصالحا و تتراجع عن طلبها، فلهذا يختلف دور القاضي في الصلح حسب ظروف كل قضية لأن قضايا الأسرة لا يمكن حصر مشاكلها .

4-الضرر المعتبر شرعاً:

من بين حالات تطليق الزوجة من زوجها ما جاءت به المادة **(53/ 10)** **"لكل ضرر معتبر شرعا"** يلاحظ أن عبارات هذه الفقرة عامة وغير محددة، لأن المشرع لم يقيد حق المرأة للتطليق لضرر معين مانحاً بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي، في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطليق، وأن هذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، و يكون المشرع قد أخذ بالعادات و التقاليد

[1]- المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 49575، مؤرخ في 1988/06/20،**المجلة القضائية** عدد 02، 1991، ص54.

[2]- المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية، القرار المؤرخ في1971/3/3، **نشرة القضاة**، عدد 1972،2 ص 39 .

داخل المجتمع الجزائري، بحيث أن الضرر المعتبر لدى جماعة معينة ليس ذاته عند جماعة أخرى أضف إلى ذلك الأمر لا يختلف من مكان إلى مكان آخر فقط، بل من زمن إلى أخر.

و الواقع بإمكان المشرع أن يستغني عن جميع الأسباب الواردة في المادة **(53)** من قانون الأسرة لأن هذا السبب يشمل جميع الحالات، ومن ثمة فمتى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فعليها أن ترفع أمرها إلى القاضي و لها أن تثبت له بجميع و سائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها، وعندها فما على القاضي في حالة الإثبات إلا أن يستجيب إلى طلبها، وإذا عجزت عن إثبات ذلك ينبغي على القاضي أن يقوم بتعين حكمين للتوفيق بينهما، حسب نص المادة **(56)** من قانون الأسرة وأن الضرر لا يكون كسبب موجب للتطليق، إلا إذا كان صاحب الضرر هو الزوج، و ليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته، و أن ينتج عن الخطأ أضرار تلحق بالزوجة و لا يكون هناك ضرر إذا مارس الزوج حقه الشرعي كرفضه أن تكون تربية الأولاد على ديانة أمه المسيحية[1].

القاضي له دور كبير في جلسة الصلح فإذا كانت دعوى التطليق مؤسسة على أساس الضرر الناجم نتيجة الضرب والجرح المرتكب من الزوج، حتى يستنبط مدى خطورة الضرب المؤدي إلى الضرر البين الذي تستحق به الزوجة التطليق وفيما إن كان هذا الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه الإسلامي، لأنه قد يكون هذا الضرب جائز في الشريعة الإسلامية و يدخل تحت عنوان الضرب غير المبرح في إطار التأديب، وهو ما يؤكده قرار المحكمة العليا [2].

لذلك الضرب و الجرح يدخل في الضرر المعتبر شرعًا، و لا يدخل في الجريمة الماسة بشرف الأسرة، فلا يدخل في الحالة الرابعة و إنما في الحالة العاشرة، وفي هذا الشأن صد قرار من المحكمة العليا مفاده ما يلي:" **أن إدانة الزوج بسب ضرب الزوجة يعتبر ضرر و لا يعتبر جريمة مساس بشرف**

---

[1] - تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص ص 57 .

[2] - **"حيث انه يتضح من الرجوع إلى القرار المطعون فيه، أن القضاة ركزوا حكمهم في إصدار التطليق على الضرر الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر ضد الطاعن في 23 نوفمبر 1982، غير أنهم لم ينظروا إلى الحكم المذكور، و لم يوجبوا إحضاره أمامهم، حتى يستنبطوا مدى خطورة الضرب المؤدي إلى الضرر البين الذي تستحق به الزوجة التطليق وهل كان هذا الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه وحيث عدم إرفاق ملف الطعن، بالحكم المذكور من جانب المطعون ضدها أمرت بإحضاره، يجعل الضرب المعول عليه غير ثابت من حيث خطورته مما يستحيل على المحكمة العليا أن تمارس حق رقابتها كما ينبغي..."**، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 40934، مؤرخ في 1986/5/5، **غير منشور.**

<u>**أنظر أيضا**</u>: - بلجاح العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعليلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع و أربعين سنة من 1966الى 2010، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2012، ص 254.

الأسرة "[1]؛ فالقاضي يُحَدث الزوج بأن ليس له أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنع عنها حقا مخولاً لها من قبل الشرع أو يضارها بما لا تحمل الإقامة معه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا[2]، ويعظ الزوج بأن يكف عن سوء معاملته للزوجة وعلى القاضي أن لا يكتفي بوعد الزوج بعدم العودة إلى مثل تلك التصرفات .

5-التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي الزوجة ليس لها الحق في طلب التطليق إذا نشب بينها و بين زوجها شقاق بصفة مستمرة، لأن ذلك ليس في نظره سببا من أساب التطليق و هذا ما دفع المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل إلى عدم ذكره، لأنه في الشريعة في مثل الحالة يبعث حكمين من أهلهما وبالتالي لم يكن سبًبا من أسباب التطليق. غير أن التعديل الذي طرأ على المادة **(53)**من قانون الأسرة في**2005**، أدخله و اعتبره سبباً من أسباب التطليق المستحدثة في تعديل الوارد على قانون الأسرة في مجال انحلال الرابطة الزوجية، نجد أن المشرع قد سمح للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين[3]، وهو سبب استنبطه واضعوا التعديل من بعض القرارات القضائية.

استقرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على هذه الأسباب وجعلتها موجبة لتطليق[4] ومن بينها ما قضت به في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقاً الصادر بتاريخ **1985/5/20** الذي جاء فيه " **من**

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 127948، مؤرخ في بتاريخ1996/01/16، **نشرة القضاة**، عدد 54، 1997، ص 275 وما بعدها .

[2] - فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا:" **حيث انه إذا كان للزوج أن يوقع الطلاق أمام القاضي، فليس له أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنعها حقاً مخولًا لها من قبل الشرع أو يضارها بما لا تحمل الإقامة معه، ذلك انه للزوجة طلب التطليق منعا للضرر و القاضي جعل له الشرع ولاية عامة في ذلك منعا للأضرار الذي من أنواعه الضرب المتكرر المؤلم ...** "، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار المؤرخ في بتاريخ1971/01/12، **نشرة القضاة**، عدد 2، 1972، ص 61.

[3] - ما يلاحظ أن المشرع المغربي من خلال المدونة عمد إلى التوسيع من أسبابه، بإضافة سبب جديد لم يكن موجودا في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، و يتعلق الأمر بالشقاق كما تنص على ذلك المواد من **(94)** إلى **(97)** المعنونة التطليق بطلب من أحد الزوجين بسبب الشقاق أولهما معاً اللجوء إليه في إطار مبدأ المساواة و بصفة استثنائية أتاح للمحكمة إمكانية الإثارة التلقائية لدعوى التطليق للشقاق. غير أن الفرق بينه وبين قانون الأسرة الجزائري الذي استحدث هذا السبب من الممارسات القضائية وجعله سبباً لطلب الزوجة التطليق فقط دون الزوج أو حتى القضاء من تلقاء نفسه أو حتى النيابة العامة باعتبارها طرفا أصلياً .

[4] - **انظر**: -المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36414، مؤرخ في 1985/5/20، **المجلة القضائية**، عدد 02، 1990، ص 58.

المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضررًا بينا واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فانه لا سبيل من حل إلا بفك الرابطة الزوجية ". وبالتالي قد تتعرض الرابطة الزوجية إلى ما يكدر صفوها ويلحقها الفتور أو تعرف خلافات تعصف بهناء الحياة الزوجية ويحل التنافر بدل الانسجام والوئام والخصام بدل المحبة والألفة والقسوة بدل الرحمة والعطف، فتصبح بذلك الحياة بين الزوجين جحيما لا يطاق و يستحكم الشقاق فتصبح حياتهما جحيما ونقمة وأن المضي قدما في هذه الحياة يشكل مفسدة نتيجة كثرة الخلافات وتشعبها واستمرارها وهو ما يصطلح عنه بالشقاق[1]، فإذا ثبت للمحكمة بعد إجراء عدة محاولات صلح تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وفشلت في محاولة إجراء صلح بينهما، غير أن الزوجة إذا لم تثبت الضرر وأصرت على طلب التطليق، واصطدمت بعقبة إثبات إضرار الزوج بها كمظهر من مظاهر إشكالية الإثبات التي يعاني منها المتقاضي أمام القضاء، ذلك أن وجه الصعوبة يتمثل في خصوصية العلاقة الزوجية، فحتى عندما يكون الضرر قائم حقيقية أحيانا من النادر أن يمارس أمام الشهود، مما يجعل إثباته متعذًرا[2].

ففي هذه الحالة وأمام عدم ثبوت الضرر في جلسة الصلح، لا يفصل القاضي في موضوع الطلب وغالًبا ما ترفض هذه الدعاوى لعدم التأسيس، ولذلك على قاضي شؤون الأسرة أن لا يعمل على توسيع نطاق دائرة رفض دعاوى التطليق لانعدام الإثبات أو لعدم التأسيس من جهة، و خصوصاً أن الضرر لم يثبت له و أن الرابطة الزوجية لم تنحل بعد، فهنا القانون منح للقاضي اتخاذ إجراء آخر، بتفعيل وسيلة

- و في قرار أخر صادر بتاريخ 1987/1/16 نص على ما يلي:" **من المقرر فقهاً و قانوناً انه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين ...**"، **انظر** : المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم44457 مؤرخ في 1987/1/26، **المجلة القضائية**، عدد 04،1991، ص 88.

- وتأكيدًا لموقف القضاء الجزائري فيما يخص التطليق بناًءا على الشقاق المستمر جاء في قرار بتاريخ **1996/9/24** بأنه " **من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فان القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب الكاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون**"، **انظر:** المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 139353، بتاريخ24/9/ 1996، **المجلة القضائية**، عدد 02، 1997، ص 66.

[1]- الشقاق لغةً : من شَق يَشُق يقال شاقه خالفه وعاداه وفي القرآن الكريم قوله تعالى " " **ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ شَاقُّوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَمَن يُشَاقِّ اللَّهَ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ**"، سورة الحشر، الآية 4، واصطلاحا: النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة وكيفما تنوعت التعاريف والمصطلحات وتعددت فإن كل ما ينشأ بين الزوجين من خلاف ونزاع مما ينغص الحياة الزوجية ويحول دون السير العادي لها، وفقا للمبادئ والأسس الشرعية المستمدة من الكتاب والسنة، وهذا ما يعبر عنه بالشقاق .

[2]- ناجي مكاوي رجاء، الطلاق و التطليق القضائي، أي مفاضلة بين نظامين لهدم الأسرة، **مجلة العلم**، عدد 18، المغرب،2000، ص40.

أخرى بسلوك نهج آخر قد يفضي إلى نتيجة إيجابية ألا وهو تعيين حكمين من أهل الزوجين لمحاولة الصلح بينهما من جديد وفقا لأحكام قانون الأسرة كلما رأى في ذلك إمكانية [1].

حتى لا يبقي الأمر يلفه الغموض والإبهام لأنه بالإمكان التوصل إلى حل النزاع بشكل ودي ولاسيما أنّ الضرر لم يثبت، فيعود للمحكمة صلاحية انتداب حكمين لتقصي الحقائق وتجديد محاولة الصلح لإنهاء الشقاق انسجاما مع المنهج الإسلامي المتكامل بخصوص تسوية النزاعات الزوجية مصداقا لقوله تعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**"[2]، و قوله عز وجل: " **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا**"[3]،و قوله سبحانه " **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنفَالِ قُلِ الْأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ**"[4] .

وهو بمثابة إجراء وقائي متدرج يهدف إلى حل النزاع الذي قد يؤدي التغاضي عنه وإهماله إلى تعميق الهوة والفرقة بين الزوجين وتشتت الأسرة .لاسيما وان رفض الدعوى يضر بالزوجة أكثر، مما يجعلها تلجأ إلى إجراءات الخلع الذي أصبح منفذًا لمن لا منفذ لها. فالقضاء الجزائري لكي يقرر الشقاق بين الزوجين ويحكم للزوجة بالتطليق لا يكفي أن يثبت للقاضي أنه هناك فعلاً خلافات بين الزوجين أثناء محاولات الصلح، وإنما لابد إلى جانب ذلك ثبوت الشقاق من خلال الخصومات القضائية بين الزوجين التي تستند إلى أحكام أو قرارات قضائية مدنية كانت أو جزائية ، وكان قضاء المحكمة العليا صريحًا في هذا الشأن إذ جاء في قرار لها صادر بتاريخ **2014/9/11 ما يلي:**

" حيث أن القاضي ارتأى إلى تطليق الطرفين للخلاف أو الشقاق و ليس للضرر المعتبر شرعا ويتبن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أن المحكمة استندت إلى الخلاف الحاصل بين الطرفين والشقاق المستمر بينهما والذي انجرت عنه عدة خصومات قضائية، ورتب على ذلك فك الرابطة الزوجية القائمة بين الطاعن والمطعون ضدها "[5].وفي قرار أخر لها صادر بتاريخ **2011/7/14** الذي تضمن المبدأ الأتي :" **يثبت**

---

[1]- بداوي علي، مرجع سابق، ص 358.

[2]- سورة النساء، الآية 35.

[3]- سورة النساء ،الآية 128.

[4]- سورة الانفال ،الاية 1.

[5]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0984821، مؤرخ في 11/9/ 2014، غير منشور لتفصيل أكثر انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ2004/7/17 حيث جاء في حيثياته ما يلي: " **حيث أن الطاعن يعيب على**

الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين.لا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر و الاعتماد عله في التطليق[1] ".

حيث تتلخص وقائع هذا القرار انه رفعت دعوى تطليق من طرف زوجة على أساس الشقاق المستمر بين زوجها طبق لنص المادة (**53 / 8**) من قانون الأسرة، وحكم القاضي بالتطليق على أساس ثبوت حالة الشقاق وجاء في معرض تأسيس حكمه على أن الطرفين في حالة شقاق مستمر وغيبة الطاعن المستمرة المعتبرة، وأنه ثبت للمحكمة الضرر اللاحق نتيجة ذلك على أساس أن الحضور الشخصي و تصريحات الطرفين أنهما في حالة شقاق وخصام. غير أن المحكمة العليا اعتبرت هذا التسبيب قاصرا ولا يفيد احترام نص المادة (**53 / 8**) من قانون الأسرة، وذهبت إلى حد القول أنه:

" **كان على المحكمة أن تبين كيف توصلت إلى إثبات حالة الشقاق المستمر، واعتبرت أنه لا يكفي ما يدور في جلسة الصلح من نقاش و خلافات بين الزوجين للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر، لأن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما وهو ما يجب توافره لإقرار حالة الشقاق والاستجابة لطلب الزوجة**".

فحسب اجتهاد المحكمة العليا لا يصح ولا يكفي الخلاف الظاهر من خلال النقاش اعتماده كدليل لقبول الدعوى التطليق، فلا علاقة لجلسة الصلح بقواعد الإثبات، وهو ما أكده قضاء المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر بتاريخ **2011/ 09/15** : والذي جاء فيه :" **حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أسست طلب التطليق على أساس أن الطاعن يتعاطى الخمر و السهرات الليلية و له علاقة غير شرعية مع الفتيات وأنه تخلى عن كل واجباته الزوجية ومنها الهجر في المضجع، بينما أنكر**

الحكم المطعون فيه قضاءه بتطليق المطعون ضدها منه استنادًا إلى عدم تنفيذه للحكم الصادر بتاريخ 2004/7/17 القاضي عليه بالنفقة، بالرغم من تنفيذه له و تسديده لتلك النفقة، إلا انه قد ثبت من الحكم المطعون فيه أنه لم يقتصر في قضائه بالتطليق المذكور استنادًا فقط إلى عدم تسديد النفقة، و إنما استنادًا كذلك إلى الشقاق المستمر بينه و بينها طبقاً لأحكام الفقرة الثامنة نمن المادة 53 من قانون الأسرة الذي تثبته الأحكام و القرارات المدنية و الجزائية الصادرة بينهما بالإضافة إلى انه قد ثبت من محاضر التنفيذ المرفقة بملف الدعوى أن الطاعن وان كان قد سدد النفقة المحكوم عليه بها إلا انه قد تماطل في تسديدها إلى ما بعد رفع الدعوى الرامية إلى المطالبة بالتطليق، والى ما بعد المتابعة الجزائية والإدانة بشأن جنحة عدم تسديد تلك النفقة بالرغم من أن طبيعتها تقتضي التنفيذ المعجل طبقاً لأحكام المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن ثم فإن قاضي أول درجة بقضائه هذا اعتماد على ما سلف بيانه، يكون قد التزم جادة الصواب، وطبق القانون تطبيقاً سليماً نتيجة لذلك رفض الطعن "،<u>**أنظر**</u>: المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0474958، مؤرخ في 2009/1/14، **غير منشور.**

[1] - <u>**انظر**</u>: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 624622، مؤرخ في 14 /2011/7، <u>**المجلة القضائية**</u> ، عدد 02، 2012، ص 227 إلى 230.

الطاعن ذلك، إلا أن المحكمة قدرت أن المطعون ضدها تضررت من العشرة الزوجية استنادًا إلى أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح لتفنيد مزاعهما وتأكيد دفوعه، وأنه لذلك يتعين الاستجابة لطلبها و التصريح بالتطليق ...، وحيث إن هذا التسبيب فيه خرق لقواعد الإثبات التي تقضي من المطعون ضدها – بصفتها مدعية – تقديم الدليل على ما نسبته للطاعن، وخصوصا وأن النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان، ولذلك كان على المحكمة التقيد بقواعد الإثبات وعدم اعتبار تغيب الطاعن عن جلسة الصلح دليلاً على ما نسب إليه ، ما دام أنكر ما نسب إليه في جوابه على دعوى المطعون ضدها، لأن جلسة الصلح لا علاقة لها بقواعد الإثبات و يقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفان وما اختلفا بشأنه أو أقرا به "[1].

غير أنه في قرار آخر اعتبرت جلسة الصلح لها علاقة بقواعد الإثبات، وهو ما أكده قضاء المحكمة العليا بأن **اقرار الزوج في جلسة الصلح يعتبر حجة عليه :" لكن متى أقر الطاعن (الزوج) أثناء جلسة الصلح** المنعقدة بتاريخ 2002/01/23 على مستوى محكمة أول درجة بعدم تمكين المطعون ضدها (الزوجة) صداقها .وحيث مادام أن الطلاق وقع بين الطرفين قبل الدخول فإن قضاة الموضوع بعدما ألزموا في قضائهم الطاعن بأن يمكن مطلقته من نصف صداقها يكونون قد طبقوا صحيحح القانون، وكل ذلك تماشيا و أحكام المادة 16 من قانون الأسرة مما يتعين الرفض الطعن لعدم قانونيته ."[2]

إلا أن عدم الإنكار و التزام الصمت يؤكد صحة الإدعاء ولا يؤدي إلى قلب قواعد عبء الإثبات وهو ما سارت على نهجه المحكمة العليا من خلال قرار لها صادر بتاريخ **2014/07/10** والذي جاء فيه " **أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي أول الدرجة و في محاولته الصلح بين الطرفين تمسكت أمامه الزوجة بالطلاق، استنادًا إلى خيانة الزوج الطاعن لها و استنتجت المحكمة من عدم إنكار الزوج خلال المواجهة مع زوجته صحة الادعاء و الانتهاء إلى الاستجابة لطلب التطليق رفعاً للضرر فإنها لا تكون بذلك قد خالفت قواعد الإثبات أو قلبت قواعد عبء الإثبات، حسبما ورد في الوجه و إنما مارست سلطتها في فهم الوقائع و تقديرها، مما يجعل الوجه غير سديد وان استناد المحكمة في الاستجابة لطلب التطليق إلى ما بررت به الزوجة طلبها أثناء جلسة الصلح من خيانة الزوج لها، وصمت هذا الأخير و عدم إنكاره هذا التصرف منه يشكل إيذاء منه لمشاعر زوجته، مما يستحيل معه دوام العشرة بينهما وأن ما**

---

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 654972، مؤرخ في 2011/9/15، **المجلة القضائية**، عدد 02، 2011، ص 294 إلى 297.

[2] -قرار رقم: 375807 ، المؤرخ في 2007/01/17الصادر عن غرفة الاحوال الشخصية و المواريث ، بالمحكمة العليا **غير منشور .**

استخلصته المحكمة من هذه الواقعة من قيام الضرر المبرر للتطليق شرعاً و قانونًا وهو ما يستقل به قاضي الموضوع ...".[1]

وكما أنه في حالة اشتداد الخصام و ثبوت الضرر القاضي غير ملزم بتعين الحكمين وهو ما أقره قضاء المحكمة العليا، لأنه في حالة إثبات الزوجة للضرر وفشل محاولات الصلح حتّما القاضي يصدر حكمه بتطليق الزوجة من زوجها[2]، وبمفهوم المخالفة إذا انتهى القاضي أن الضرر غير ثابت أو غير قائم، فهنا يقع التزام على القضاة بتفعيل إجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة وهو ما أكدته المحكمة العليا[3] فالقاضي لا يتسرع للفصل في الدعوى اذا لم يثبت الشقاق و جب تعين حكمين، ويحاولان الصلح بينهما، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين، ولهما أن يطلعا القاضي بما يعترضهما من إشكالات تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة[4]،

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0972469، مؤرخ في 10/7/ 2014، **غير منشور** .

[2] - في قرار صادر عن المحكمة العليا قضت بما يأتي: " **بدعوى أن الشقاق الذي يوجب التطليق هو الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة و أن الوقائع التي اعتمدت عليها المطعون ضدها هي مجرد إجراءات بادرت بها منفردة، و لا علاقة للطاعن بها وأن الوثائق المستند عليها من قاضي أول درجة الأولى هي وثائق غير ذات حجية بالنسبة لموضوع الدعوى وكان يتعين استبعادها، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه بالنقض يتبين وأن قاضي الموضوع قضى اعتماد على الشقاق المستمر وطول أمد النزاع استحكم الخلاف تأسيساً على المادة 8/53من قانون الأسرة مستعملاً في ذلك السلطة التقديرية المخولة له قانونا، بما له ولاية من فحص النزاع و تقدير الضرر الذي تنتفي معه تحقق الحكمة و الغرض من استمرار العلاقة الزوجية في ظل دوام الألفة والمحبة و الإخلاص بين الزوجين مما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن قاضي أول الدرجة اعتمد في قضائه بالتطليق على اشتداد الخصام المستمر و انتهى إلى أن اضرار الزوج بزوجته ثابت وبالتالي غير ملزم في هذه الحالة بإجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من نفس القانون التي تشترط عدم ثبوت الضرر خلافاص لما قرره قاضي الموضوع في قضية الحال "** <u>انظر</u> **:**المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 620084، مؤرخ في 2011/04/14.، **<u>مجلة المحكمة العليا</u>**، العدد 01، 2012، ص 299 إلى 303.

[3] - نجد قرار أخر قضى بما يلي: " **وحيث أنه كان على المحكمة الفصل في الطلب الأصلي ما دام الطاعن بصفته زوجاً للمطعون ضدها، قد استعمل حقه في مطالبة زوجته بالرجوع، وليس الاستناد إلى الأحكام السابقة بين الطرفين،لأنه إذا استمر الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر، وجب تعين حكمين للتوفيق و التعين بينهما، كما تنص على ذلك المادة 56 من قانون الأسرة . وحيث أنه مادام الطاعن قد رفع دعواه طالباً رجوع زوجته إلى البيت الزوجية، وتمسك بذلك في جميع مراحل الدعوى، وبالتالي لم يتبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، فإن تصالح الزوجان فهو خير و إلا فلمن له مصلحة من الزوجين الالتجاء الى القضاء للمطالبة بما يراه مناسبا، مما يتعين معه أن يكون نقض الحكم بدون إحالة ."**<u>أنظر</u> : المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث قرار رقم 0991493، مؤرخ في 2014/11/13، **غير منشور**.

[4] - نظر المواد **(446)** و **(447)** و**(448)**و**(449)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

فالقاضي لا يمكن أن يفك الرابطة الزوجية ولكي لا يرفض الدعوى لعدم التأسيس و تطبيقاً للقانون، فإنه يطبق نص المادة **(56)** من قانون الأسرة ، لأن عدم الاستجابة لطلب الزوجة يدفعها لسلوك دعوى الخلع لكن في هذه الحالة بدلاً من أن تحصل على تعويض، فانها تدفع هي مبلغ مالي لقاء حريتها، والمادة **(56)** من قانون الأسرة وكذا المواد **(446)**من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المشرع يخاطب من خلالها القاضي وليس الأطراف ، لأنه لو كان هذا هو المقصود فعلاً سوف لن يلجأ الزوج إلى القاضي وإنما يلجأ إلى أفراد العائلة، و يطلب تدخل حكمين للإصلاح بينهما.

ألزم فالمشرع على القاضي عند عدم ثبوت الضرر مهما كانت أسباب الطلب القضائي أن يعين حكمين، ولو بدون رضا الطرفين طالما أن الأمر لا يرجع لهما، و أن هذا الإجراء يدخل ضمن الصلاحيات الممنوحة له، أما في حالة رفض الدعوى لعدم التأسيس أو لعدم الإثبات فإنه يتم تجميد تطبيق نص المواد **(56)** من قانون الأسرة و **(446)** وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدون مبرر، لأن السؤال المطروح إذا لم تطبق عند عدم ثبوت الضرر فإنه بلا شك سوف لن تطبق عند ثبوت الضرر، و لذلك تظهر الحكمة الكبيرة التي توخاها المشرع عند وضع هذا النص ولا سيما وأن هذا النص يطبق في ظل قيام العلاقة الزوجية .

ثانياً - الصلح إجراء شكلي في بعض حالات تطليق :

يعتبر الصلح في بعض الحالات مجرد إجراء شكلي، كحالة التطليق للفقدان والغيبة**(أ)**، التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة**(ب)**، حالات تطليق إجراء الصلح يكون مخالفا للنظام العام**(ج)**..

أ-التطليق للفقدان والغيبة:

نتعرض إلى فكرة إجراء الصلح في دعاوى التطليق للفقدان، و في دعاوى التطليق الغيبة، وقبل ذلك نعرج باختصار إلى تعريف كل من المفقود و الغائب و مطالبة الزوجة للتطليق بناء على ذلك.

معظم شراح القانون الجزائري أخذوا بالتعريف القانوني للمفقود الوارد في نص المادة **(109)** من قانون الأسرة فعرفه الأستاذ **إسحاق إبراهيم منصور**:" الشخص الذي غاب عن وطنه فترة طويلة وانقطعت أخباره فلا يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا "[1] ، أما الأستاذ **بلحاج العربي**عرفه أنه : " الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثره و جهل مكانه و لا تعرف حياته أو مماته "[2] ، ولقد ورد تعريف المفقود في قانون الأسرة

---

[1]- إبراهيم منصور إسحاق، نظريتا الحق والقانون، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 219.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 508

وحتى في القواعد التي تضمنتها القوانين الخاصة[1]، الظرفية والمتعلقة بظروف استثنائية طبيعية كانت أم أمنية [2].

نجد الأستاذة **حنيفي لويزة** عرفته على انه: "هو من لا يعرف مكان إقامته الحالية و لا يعلم عنه شيئا بحيث أصبح وجوده محل شك"[3]، و الغائب سواء كان داخل الوطن أو خارجه بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري[4]، ويلاحظ أن كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود ولذلك المشرع الجزائري استعمل عند تعريفه للغائب المفقود هو الشخص الغائب[5].

---

[1]- نوي عبد النور، مرجع سابق، ص28

[2]- نجد أمر رقم **03/02** المؤرخ في 2002/2/25، المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات **2001/11/10** حيث جاء في المادة 1 منه:" **يحدد هذا الأمر أحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001** " بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة ، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات **10 نوفمبر 2001**، حيث يصرح المتوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده بأماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر، ولم يظهر له أي اثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث و يسلم هذا المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في اجل 4 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة .أما في الأمر رقم **01/06** المؤرخ في **27 فيفري 2006** المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية من خلال المواد(**27**) و (**29**) و (**30**) منه تضمنت ما يلي : " **يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية .. ، بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة (28)، يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره و لم يعثر على جسده بعد التحري بكل الوسائل القانونية التي بقيت بدون جدوى، و يعد محضر المحرر من طرف الضبطية و يسلم إلى ذوي حقوق المفقود أو كل من له مصلحة في ذلك في أجل لا يتجاوز السنة من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية**"

3 Louiza(Hanifi), l'absence et la disparition en droit algérien, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister en droit, faculté de droit ben aknoun, université d'alger,1981.p17.

- **أنظر أيضاً:** نوي عبد النور، مرجع سابق ، ص 43.

[4]- المادة (**110**) من قانون الأسرة عرفت الغائب كما يلي: "**الغائب الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، و تسبب غيابه ضرر للغير يعتبر كالمفقود**" .

[5]- المحبوس و المسجون حسب المعنى الفقهي و القانوني يخرج عن دائرة المفقود لان حياته معلومة أما إذا تعذر الاطلاع على حاله و عن أخباره كما هو الشأن بالنسبة للمعتقلين السياسيين فهنا يمكن إلحاقهم بالمفقود، أما فيما يخص القانون الجزائري ينص المرسوم التنفيذي رقم **430/05** المؤرخ في **2005/11/8**، المتضمن تحديد وسائل الاتصال عن بعد وكيفية استعمالها من المحبوسين تطبيقاً لنص المادة (**72**) من القانون رقم **04/05**، المتعلق بتنظيم السجون و إعادة الادماج الاجتماعي، حيث نجد المادة (**3**) منه تنص على ما يلي " **يمكن أن يرخص للمحبوسين الاتصال عن بعد باستعمال الوسائل التي توفرها المؤسسة العقابية** "، نستنتج أن المحبوس آو السجين يخرج تماما عن تعريف المفقود في القانون الجزائري على أساس أن المفقود يجهل حاله فحين أن المحبوس آو السجين يخول له القانون الاتصال بأهله،**أنظر**: نوي عبد النور، المرجع نفسه، ص 64 .

فكما نعلم أن من بين الواجبات الزوجية التي تقتضي المعاشرة و المساكنة هي ألا يغيب الزوج غيبة تتضرر منها الزوجة، فإذا غاب الزوج غيبة طويلة بدون عذر شرعي أو كان مفقودًا، فإن الزوجة تتضرر من هذه الغيبة أو الفقدان مما قد يدفعها إلى الانحراف أو الفتنة مما يؤثر على الكيان الخلقي،لأن فقدان أو غياب الزوج يفوت على الزوجة أغراض ومقاصد الزواج[1]، فإذا الزوجة تضررت جاز لها طلب التطليق على أساس أن المادة (**112**) من قانون الأسرة التي تجيز لزوجة المفقود و الغائب طلب التطليق استنادًا للمادة (**53 / 5**) من قانون الأسرة .

فعلى الزوجة التي تريد أن ترفع دعوى التطليق للفقدان عليها أن تستصدر حكم فقدان لتثبت واقعة فقدان الزوج لكي يقبل لها القاضي طلبها للتفريق[2]، والمفقود لا يعتبر كذلك إلا بموجب حكم قضائي لا يمكن تطبيق الأحكام و الآثار المتعلقة بالفقد إلا بعد إثبات وضعية الفقدان أمام القاضي[3]، أو ما يقوم مقامه في حالة الاستثنائية بموجب نصوص خاصة لها منحى آخر، كمحاضر الإثبات و المعاينة التي تحرر من طرف الضبطية والتي تعد كافية لتقرير حالة الفقد [4]، وبعد ذلك تأتي الآثار التي تتعلق بالأسرة و لاسيما الزوجة فيما يخص العلاقة الزوجية، لأن العلاقة الزوجية هي أكثر العلاقات التي تتأثر والتي مست الزوجة لما لهذه العلاقة من خصوصية[5]، وإن استصدار حكم بالغياب يستوجب إثبات الضرر من

---

[1]- قويدري خيرة ، مرجع سابق، ص72.

[2] - والمشرع الجزائري اعتبر الشخص في حكم المفقود إذا توفرت الشروط التالية : الشرط الأول الغيبة و يقصد بها مغادرة محل الإقامة المعتاد سواء تعلق الأمر بالمحل الذي يقطن فيه الشخص، آو محل عمله بحيث تتقطع أخباره، ثانيا عدم معرفة مكانه والشرط الثالث صدور حكم بالفقد بمعنى انه لا يمكن اعتبار أن شخصا ما مفقود من الناحية القانونية إلا إذا كان غائباً وانقطعت أخباره والجهل بحاله، و يشترط أن يصدر حكماً قضائيًا يقضي بالفقد، من تاريخ صدور بالحكم يعتبر في حكم المفقود من الناحية القانونية . **أنظر**: نوي عبد النور، مرجع سابق ص 29.

[3]- حسب ما حددته المادة (**114**) **من قانون الأسرة**:" **يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة**".

[4]- وهو ما تضمنته المادة (**2**) من الأمر رقم **02/ 03** التي نصت على أن لكل شخص أن يتسلم المحضر في اجل لا يتجاوز أربعة(**4**) أشهر من تاريخ وقوع الكارثة، إن هذه المادة تكرس تقرير الفقدان في ظل ظروف استثنائية بمقتضى المحاضر التي تحررها الضبطية القضائية، بعد المعاينة و التحري و تسليم نسخة إلى من له مصلحة فهي بذالك تقوم مقام الحكم الصادر بالفقد من حيث تقرير حالة الفقد. **أنظر**: نوي عبد النور، المرجع نفسه، ص 125 و126.

[5]- تشوار الجيلالي، مرجع سابق، ص 145

طرف الزوجة و توفر الشروط القانونية الخاصة باستصدار الحكم باعتبار الشخص غائبا، الذي يلحق حكم المفقود[1].

فعندما ترفع الزوجة الدعوى على أساس التطليق لفقدان أو لغياب الزوج، السؤال الذي يبقى يطرح نفسه بإلحاح على مفاده هل يجري القاضي الصلح في هذه الأحوال ؟، والقاضي يعلم جيدًا أن مثل هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا استندت على حكم يقضي بفقدان أو بغياب الزوج، والغريب في الأمر انه قد يكون القاضي المعروض عليه الدعوى هو من أصدره، نفرض جدلاً انه أجرى الصلح، فما الغرض المتوخى من إجراء الصلح أمام الضرر البين و الفادح الذي لحق الزوجة ؟، وأن المشرع الجزائري يؤكد على ضرورة حضور الطرفين شخصيا إلى جلسة الصلح فكيف يحضر و هو مفقود أو غائب وصدر حكم بفقدانه أو بغيابه ؟، وكيف يكون رد فعل النيابة العامة باعتبارها طرفا أصلياً هل تطالب بإجراء الصلح أم بتجاوزه لعدم فاعليته ؟

إن هذا الإجراء المتمثل في محاولة الصلح بين الزوجين،لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين وهنا الزوج غير موجود ليس لعدم حضوره أو عدم رغبته في الحضور، بل راجع إلى وجود حكم يؤكد واقعة الفقدان أو واقعة الغيبة، وأن إجراء الصلح هنا ليس له فائدة بحيث انتفى الغرض منه والحكمة من إجرائه مفقودة هي الأخرى في قضية الحال.

ما يجعل جلسة الصلح بدون جدوى وبدون موضوع، ويجعل من الإجراء الذي قام به القاضي إجراء شكلي، سبق وأن قلنا وأن الصلح ليس إجراء جوهريا و تخلفه لا يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، بل أن المشرع كان ذكياً وفطناً لما وضع قاعدة عامة مفادها وجوبية إجراء الصلح بموجب المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم يقرنها بجزاء إجرائي أي ليس هناك بطلان إذا لم يجرِ القاضي الصلح في مثل هذه الأحوال، و أضف إلى ذلك أن القاضي هو حارس الإجراءات فيرى هل إعمال الصلح أو عدم إعماله يؤثر على الحكم الذي سوف يصدر.

[1]- هناك 3 ضوابط لاعتبار الشخص غائباً وهي: -: **الغيبة:** وهو مغادرة محل الإقامة المعتاد، -: **الظرف القاهر:** الذي منعه من الرجوع إلى محل إقامته وعن أهله ويشترط فيه عدم إمكانية توقعه، ومع استحالة الدفع. -: **المدة:** لابد من مرور مدة سنة على غياب الشخص لاعتباره غائباً ولكن المشرع أضاف شرط أخر وهو عدم وجود مال تنفق منه الزوجة. لقد أقر الإمام مالك التطليق حتى و لو كان لها مال تنفق منه، **أنظر**: نوي عبد النور، مرجع سابق، ص 46.

يصبح إجراء الصلح في هذه الحالة مجرد إجراء شكلي وتتحول جلسة الصلح إلى مجرد جلسة سماع، ليتأكد من خلالها القاضي مدى تمسك الزوجة بطلبها في التطليق ليس إلا، و لا علاقة له بمفهوم الصلح في قضاء شؤون الأسرة.

وان كان لا يثير أي إشكال هذا الوضع بالنسبة لقضاء المحكمة العليا، لأن العبرة لديها هو حضور الزوجة طالبة التطليق حسب ما هو ثابت في استقرار قراراتها، بالإضافة إلى ذلك أن القاضي يجري محاولات للصلح من أجل الوصول إلى نتيجة وهي عودة الحياة الزوجية، أين يكون سعيه حثيثا لإقناع الزوجين على الاستمرار في الحياة الزوجية، ومادام أن القاضي له سلطة تقديرية في إجراء جلسة صلح واحدة أو أكثر و إعطاء مهلة جديدة للتفكير، فمن باب أولى أن يكون له سلطة عدم إجرائه أصلاً متى اقتنع بتخلف الغاية من إجرائه ، لأن المشرع يخاطب القاضي وليس المتقاضين من جهة و إجرائه يعتبر مضيعة للوقت واستمرار في غبن الزوجة وهي غير ملزمة بالبقاء على هذا الوضع، كون احتمال ظهور الزوج وحضوره إلى جلسة الصلح ضعيف جدًا.

فعلى المشرع أن يتدخل و ينص على أن القاضي يراعي عند إجرائه للصلح طبيعة القضية ومدى جواز إجراء الصلح فيها إعمالاً لسلطته التقديرية.

فعلى سبيل المقارنة مع مدونة الأسرة المغربية في مجال الصلح وضعت إجراءات مفصلة لمحاولة الصلح، بأن جعلت تعميم إجراء محاولة الصلح في جميع حالات التطليق باستثناء حالة الغياب[1]، فقد ورد في القسم الرابع في التطليق من الباب الأول التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق في نص المواد **(94)** وما يليها، الذي أوجب فيه المشرع إجراء كل محاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة **(82)** من المدونة، وجاء في الباب الثاني التطليق لأسباب أخرى في المادة **(98) :" للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الأتية : 1/ إخلال الزوج بشرط من شروط غقد الزواج،2 / الضرر، 3/ عدم الإنفاق، 4/ الغيبة، 5/ العيب، 6/ الايلاء و الهجر".**

غير أنه رتب استثناء إذ جاء في نص المادة **(113)** " **يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيب، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة ...**"

[1] - دليل عملي لمدونة الأسرة، سلسلة الشروح و الدلائل، الطبعة الثالثة، منشورات جمعية النشر المعلومة القانونية و القضائية، وزارة العدل، عدد01، المملكة المغربية،2004، ص 10.

قلنا أن نتساءل لماذا المشرع المغربي استثنى إجراء محاولات الصلح من خلال نص المادة **(113)** من مدونة الأسرة المغربية في دعوى التطليق بسبب الغيبة ؟، وإذا كان المشرع المغربي قد أحسن صنعاً باستبعاده في دعوى التطليق للغيبة من إجراءات الصلح، نظرًا لصعوبة العثور على الزوج الغائب و استدعائه لحضور جلسة الصلح خلافًا للرأي الذي يقول بإمكانية الصلح[1]، فهذا الرأي قد جانبه الصواب حين ألزم المحكمة بإجراء محاولة الصلح في كل حالات التطليق، حيث نعتقد أن فيه نوع من الجزم غير المقبول و فيه إرهاق للزوجة بإجراءات لا فائدة ترجى منها، فما جدوى قيام القاضي بالإصلاح بين الزوجين في الوقت الذي تكون الزوجة قد استصدرت حكًما بالغياب، بعد إتباع إجراءات التحقيق و التأكد من حالة ثبوت الغيبة وأمام تضرر الزوجة الثابت فينبغي في مثل هذه الأحوال أن يستجيب القاضي لطلبها حالاً لأنه طلب مؤسس .

ومن المفروض أنّ النيابة العامة باعتبارها طرفا أصلياً في القضية أن تمارس صلاحياتها و تقدم طلبا بعدم إجراء الصلح لانعدام المصلحة، وتأسيسًا على ما سبق ذكره فإنه كان على المشرع أولاً النص على مادة تتضمن الصلح في دعوى التطليق في القانون الموضوعي(أي قانون الأسرة) حتى تنسجم مع النصوص الإجرائية و أن يستثني بعض الحالات من إجراء محاولة الصلح إما لغياب الغاية من الإجراء بحيث يصبح إجراء شكليا بدون جدوى و بدون موضوع فعلى المشرع في مثل هذه الحالات إخضاع محاولات الصلح في التطليق للغياب والفقدان أو في حالات أخرى إلى السلطة التقديرية للقاضي .

ب_التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

قلنا فيما سبق أن إجراء الصلح في مثل هذه الحالة، يقتضي الأمر التمييز بين ما إذا كان إجراء الصلح في حد ذاته منتج كإجراء أولا جدوى منه حسب ظروف و وقائع القضية.

الأصل أن يجري القاضي الصلح بهدف التوفيق والإصلاح بين الزوجين لدفع الزوجة إلى تجاوز الضرر، غير أنه إذا كان الزوج في بعض الأحيان حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة سنوات طويلة لبشاعة الجريمة وخطورتها وكان الزوج قد ارتكب جريمة القتل العمد مثلاً أو إحدى الجنايات الأخرى[2]،

---

[1]- يرى إدريس الفاخوري أن المسطرة الصلحية تجرى في جميع الدعاوى التي تتقدم بها الزوجة لإنهاء الرابطة الزوجية سواء تعلق الآمر بالتطليق للضرر أو للعيب أو للغيبة أو عدم الإنفاق.**انظر:** الفاخوري إدريس، الصلح في العمل القضائي – الطلاق نموذجا –،**المجلة المغربية للاقتصاد والقانون**، عدد 5 ،2005، ص 15.

[2]- أما الجرائم الماسة بشرف الأسرة لدينا من بينها : التهريب، المخدرات، و السرقة، و زنا المحارم أو القتل، لأنه يقال أنها زوجة مهرب أو مروج مخدرات أو زوجة القاتل أو تحريض قاصر على الفسق ...الخ

وحكم عليه مؤبد وإلى جانب مشكل إحضار الزوج المسجون، لأنه غالًبا ما يتم تحويله إلى ولاية أخرى ولاسيما إذا كان الزوج محكوما عليه مؤبدًا، فهنا إجراء الصلح لا جدوى منه، فتتحول جلسة الصلح إلى جلسة سماع الزوجة على محضر ويتأكد القاضي من إرادتها في طلب التطليق، كون الصلح في هذه الحالة مستحيل مع الطرف الأخر وبالتالي غياب الغاية من إجرائه (جمع شمل الأسرة و التوفيق وإصلاح ذات البين، الأمر الغائب في هذا الوضع).

ونظًرا لأن الزوجة متمسكة بطلبها بفك الرابطة الزوجية لكون الجريمة فعلاً مشينة وفيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، فهنا إجراء الصلح يكون فارغ من فحواه مادام أن الزوج سوف يقضي مدة طويلة في السجن أو يقضي حياته كاملة في السجن، فلا يوجد فائدة في أن يصالح القاضي الزوجة مع شخص يعد في حكم الميت أو المفقود أو الغائب، والذي يخشى من جهة أخرى انحراف الزوجة في حالة عدم الاستجابة إلى طلبها، و لكن المحكمة العليا تعطي الأهمية في إجرائه و تتطلب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصياً و الغاية من كل ذلك فقط التأكد على إرادة الزوجة في طلب التطليق و إن كانت الزوجة لا تزال متمسكة بفك الرابطة الزوجية، ثم يحرر محضر بذلك ليشرع في الموضوع، فالقاضي يواجه عمليا حالات مستعصية ولذلك وجب على المشرع منحه سلطة تقديرية نظًرا لأحوال الأسرة المختلفة.

ج -حالات تطليق إجراء الصلح يكون مخالفا للنظام العام:

يمكن الجزم بأن إجراء الصلح في بعض حالات التطليق على أساس الضرر المعتبر شرًعا مخالف للنظام العام، بل أن إجرائه في حد ذاته مخالف لقانون الأسرة الجزائري وهو خرق لأحكام الشريعة الإسلامية. فمن يعتبر أن الصلح إجراء جوهري وأن القاضي لابد من استيفائه في كل الأحوال وإلا كان حكم فك الرابطة الزوجية باطلاُ و يكون عرضة للنقض و الإبطال. كيف يكون موقفهم في حالة رفع دعوى تطليق على أساس الضرر المعتبر شرًعا كون الزوجة تضررت من زوجها الذي ارتد عن دين الاسلام ؟.

لقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا[1] الصادرة بتاريخ **2012/4/12** والذي تضمن المبدأ الأتي:" **يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق، في حالة ارتداد الزوج عن دين الاسلام يحكم القاضي فوًرا بالفرقة بين**

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 699785 ، مؤرخ في 2012/4/12، **مجلة المحكمة العليا**،عدد 02، 2012 ،ص 275 إلى 277.

الطرفين، مراعاة للنظام العام." وردًا على أوجه الطعن بالنقض التي أثارها الطاعن تأسيًا لطعنه [1] كان تسبيب غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا كالأتي :" **حيث أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وخاصة الفصل المتعلق بموانع الزواج يتبين أن زواج المسلمة مع غير المسلم محرم مؤقتاً وفقا لنص المادة (30) ويبقى هذا المانع أو التحريم قائمًا ما يبقي السبب، و بالتالي فإن ارتداد الزوج عن الإسلام تقع به الفرقة في الحال، لأن الردة فكما تمنع الزواج ابتداء فإنه تمنعه بقاء و يكون من حق الزوجة اللجوء أمام المحكمة للمطالبة بالفرقة، وهي غير ملزمة بالبقاء مع الزوج المرتد الذي استعمل حريته في تغير معتقده، بل أن بقائها معه مخالف للنظام العام طالما أنها أصبحت محرمة عليه، و فق للمعتقد الذي تدين به و تزوجته على أساسه و فق أحكامه، و كذا وفق نص المادة (30) من قانون الأسرة، فضلاً عن أن في بقائها معه يلحق بها أفدح الضرر من الجانب المعنوي وأن المحكمة بقضائها بالتطليق قد طبقت صحيح القانون و أوردت أسباباً كافية سائغة تبرر ما انتهت إليه من قضاء وأن مسألة المساواة بين المواطنين و حرية المعتقد و الفكر طبقًا لنص المادة (29) و(36) من الدستور لا علاقة لهما بقضية الحال مما يجعل الوجهين غير مؤسسين وينعدم معهما أي مخالفة للقانون أو قصور في التسبيب حيث أنه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن.**"

إن إجراء الصلح في هذه الحالة يمس بالنظام العام، و نحن نعلم أنه لا يوجد صلح في المسائل التي تمس بالنظام العام[2]، فكيف لقاضي شؤون الأسرة أن يجري الصلح بينهما بحجة الإجراء الجوهري فمن باب أولى أن لا نتحدث عن الصلح هنا إطلاقاً لانعدام المصلحة، لأن عقد الزواج لم يعد قائم لقيام مانع من الموانع، مع العلم أن إجراء الصلح هو من أجل استمرار عقد الزواج. فمن شروط الزواج أن لا

---

[1]- فعند الرجوع إلى وقائع هذا القرار نجد في هذه القضية أن الزوجة رفعت دعوى فك الرابطة الزوجية في بموجب المادة **(53)** من قانون الأسرة تطالب التطليق للضرر، حيث طلبت من القاضي التطليق كون زوجها قد انحرف عن الدين الإسلامي و اعتناقه الديانة المسيحية، أين أجاب المدعي عليه طالباً إلزام المدعية بالرجوع إلى بيت الزوجية مؤكدًا أن اعتناقه للدين المسيحي لم يحرج به احد، وكذا عدم انطباق المادة **(53)** من قانون الأسرة القائمة على أساسها الدعوى على قضية الحال، لان اختياره لدين أخر غير دين الإسلامي لا يعد فاحشة مبينة، و لكل شخص دينه و حرية أما النيابة التمست تطبيق القانون، من المفروض تطالب بالتفريق حالاًفصدر حكم بالتطليق للضرر طبقاً للمادة **(53)** من قانون الأسرة، وطعن في هذا الحكم من طرف الزوج بالنقض واثار وجهين : -مخالفة القانون على أساس أن القاضي لم يؤخذ بعين الاعتبار المساواة أمام القانون و حرية المعتقد، بالنسبة المواد**(29)** و **(36)** من الدستور، وان القاضي اعتبر الزوج مواطن من الدرجة الثانية، وكأن من يمارس الطقوس المسيحية ارتكب فاحشة اجتماعية مبينة كون القاضي وضع الزوجة في مركز المواطن الدرجة الأولى منه، و أضاف أن الانتساب إلى دين المسيح لا يشكل ضرر شرعي معتبر و أن الحكم غير جدي .

[2] - تنص المادة **(461)** من القانون المدني :" **لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ...**"

تكون هناك موانع للزواج، ومن بين الشروط أن يكون الزوج مسلم ولما نرجع إلى الأصل لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج بمسلمة.

انتهى قرار المحكمة العليا أنه لم يبقى هناك زواج فوجب التفريق وجوبًا وفورًا و عليه إجرائه في حقيقة الأمر خرق لكل من أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة، ولا تشكل هذه الحالة استثناء بالنسبة للذين يعتقدون أن الصلح إجراء جوهري، وهذا ما يؤكد الرأي الذي ينادي بأن الصلح إجراء غير جوهري فمعنى ذلك أن الصلح في شؤون الأسرة ليس إجراء جوهرياً ، لأنه يختلف من حالة إلى حالة أخرى حبذ لو يتدخل المشرع و ينص على أن القاضي يراعي عند إجرائه للصلح طبيعة القضية ومدى جواز إجراء الصلح فيها.

فلو تعرض هذه المسألة على المحكمة أو حتى ممكن النيابة ترفع دعوى باعتبارها طرف أصلًيا كون الأمر مخالف للنظام العام، فالمحكمة سوف تحكم بالتفريق و المجلس القضائي سوف يؤيد ذلك ونفس الشيء للمحكمة العليا وهذا موافق لروح ومنطق القانون، فإجراء الصلح في هذا المجال ليس له معنى إذ يكون مجرد إجراء بدون موضوع ومخالفا للنظام العام، وإن كان هذا الوضع لا يثير أي إشكال بالنسبة لقضاء المحكمة العليا، لأن العبرة لديها هو حضور الزوجة طالبة التطليق.

غير أنه هناك من يرى أن جلسة الصلح قد تفيد أن الزوج ينكر ذلك أو يعترف و تتحول إلى جلسة تحقيق، لأن الزوج ممكن يثبت بأنه مسلم ولم يرتد مطلقا عن دين الإسلام، وما جاءت به الزوجة مجرد تصريحات، ولذلك يرى هذا الاتجاه أن الصلح لا يقتصر هدفه على مجرد تحقيق غاية لم شمل الزوجين و الإقلاع عن فكرة فك الرابطة الزوجية و إنما يؤكد أمور أخرى لا يرد ذكرها في العرائض أو لا يكون لها أساس من الصحة فتكون جلسة الصلح عبارة عن جلسة للتحقيق.[1]

فإذا كان دور القاضي في الصلح عند طلب التطليق على النحو المذكور أعلاه، فهل هو نفس الدور الذي يلعبه القاضي عند محاولات الصلح عند طلب الخلع من الزوجة؟، هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه من خلال المطلب الثاني التالي .

---

[1] - الصديق تواتي، مرجع سابق.

المطلب الثاني

دور القاضي في الصلح عند طلب الخلع من الزوجة

ما تم التوصل إليه بخصوص أن الصلح ليس إجراءا جوهريا، هو نفس الأمر ينطبق على دعوى الخلع. وقبل التطرق إلى مسألة تدخل القاضي لإجراء محاولات الصلح يستوجب الأمر التطرق إلى الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع وعلاقته بالصلح **(الفرع الأول)** ثم التطرق إلى تدخل القاضي لإجراء الصلح في دعوى الخلع (**الفرع الثاني)** .

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع وعلاقته بالصلح

لم يتفق الفقه على الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، بحيث يرى الأستاذ **أحمد شامي**:"... أنه لما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق إرادي يملكه الزوج ومن هنا حكم القاضي يعتبر حكم كاشف للطلاق بالإرادة المنفردة، وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع، الذي هو اتفاق بين الزوج والزوجة على مخالعته مقابل مال تدفعه له، وهنا يكون حكم القاضي كاشفاً لإرادة الزوجة، وليس على مخالعة زوجها مقابل مال تدفعه له، و عندها ما على القاضي إلا كشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية ليحتج بها.."[1]، ويذهب في نفس الاتجاه الأستاذ **فضيل سعد** :"أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ بسبب الخلع فإن الحكم بالطلاق في هذه الحالات يأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل ولم يقم إلا بدور كاشف للطلاق[2]، وكذا الأستاذ **عمرو خليل**:" الخلع يقع رغماً عن الزوج ودون أي اعتبار لإرادته وفقا لما ذهبت إليه المادة **54** من قانون الأسرة، وما على القاضي إلا أن يسمع دعوى الزوجة سواء قبل الزوج أم لم يقبل، وهذا الحكم الصادر لا يختلف في طبيعته عن الحكم الصادر بإرادة الزوج، ومن ذلك فهو حكم مقرر وكاشف و مثبت لإرادة الزوجة[3].

على خلاف ذلك يذهب الأستاذ **لمطاعي** إلى القول : "..أن كل من التطليق والخلع لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلب التطليق لأجل ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة **(48)** من قانون الأسرة وبطلب من الزوجة ..."، ومن ثم لا يكون لهما وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطليق أو الخلع، ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد فيكون حينها الحكم القضائي الصادر بشأنهما حكمًا

[1] - شامي أحمد، مرجع سابق، ص 298 .

[2] - فضيل سعد، مرجع سابق، ص 339و 340.

[3] - عمرو خليل، مرجع سابق، ص233.

منشئاً، على عكس الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة والذي يكون فيه الحكم القضائي كاشف لواقعة الطلاق لا منشئا لها[1]، ويرى الأستاذ **عيدوني** " الأصل في الحكم بالطلاق أن يكون كاشف له في غير التطليق والخلع، فالحكم فيهما منشئ للطلاق في قانون الأسرة الجزائري"[2]، و الرأي الراجح هو اعتبار حكم القاضي بالخلع حكماً منشئاً، و لا يكون له أثر إلا بصدور حكم قضائي، لأن الرابطة الزوجية تبقى قائمة.

لا يحل عقد الزواج إلا بصدور حكم من القضاء وأن المادة **(48)** من قانون الأسرة تنص: " **مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه، يحل عقد الزواج بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53)و(54) من هذا القانون"، ومنه فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لا يكون إلا بطلب من الزوجة يقدم أمام القاضي. وطبقاً للمادة 451 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ".

يعاين القاضي كذالك و يكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع، طبقا لأحكام قانون الأسرة ويفصل في مدى تأسيس الطلب، فالمشرع يتكلم عن طلب يرفع إلى القاضي ولم يتكلم عن طلاق بالخلع بإرادة الزوجة، فدور القاضي إيجابي في دراسة ومعاينة والفصل في مدى تأسيس الطلب. ففي الخلع العلاقة الزوجية تبقى قائمة إلى غاية استجابة القاضي إلى طلبها، وقد لا يحكم لها بالخلع إذ قد يرفض طلبها فالخلع حالة من الحالات التي تسمح للزوجة بفك الرابطة الزوجية قضائيا [3]، دون موافقة الزوج ويقع بائًنا و فقاً للقاعدة الفقهية الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن[4].

أما بخصوص إجراء الصلح في دعوى الخلع، لم يكن موقف المشرع الجزائري واضحاً، بحيث لا نجد أي نص يشير صراحة إلى ذلك لا في قانون الأسرة و لا قانون الإجراءات المدنية الملغى، ، وإنما كان القضاء يطبق نص المادة **(17)** كما ذكرنا سالفا، غير أنه بموجب صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي تضمن مواد إجرائية خاصة بالصلح (المواد **(439)**منه وما بعدها) التي تشير صراحة و لأول مرة إلى منح القاضي صلاحية وكيفية إجراء محاولات الصلح بين الزوجين في جميع صور فك الرابطة الزوجية، بما فيها دعاوى الخلع، غير أن رجال القانون والفقه عمموا نص المادة **(49)**من قانون الأسرة على جميع طرق فك الرابطة الزوجية. بل وأكثر من ذلك هناك قرارات قضائية أسقطت نص المادة

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 73.

[2] - عيدوني عبد الحميد، مرجع سابق، ص 118.

[3] - بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص85.

[4] - سعدي سليم، مرجع سابق، ص 40.

(50) على الرجوع في الطلاق بالخلع في حين هو ليس طلاق رجعي وإنما هو طلاق بائن، و لا يكون إلا بعد صدور حكم قضائي.

بحيث يلاحظ أنها دائماً تحاول إسقاط أحكام المادة **(49)** من قانون الأسرة، عند إجرائها للصلح في حين نص هذه المادة خاص بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة.[1]، ولأجل ذلك لا يمكن أيضا تطبيق أحكام المادة **(50)** على هذا النوع من طرق فك الرابطة الزوجية[2]، وخير دليل على ذلك القرارات الصادرة عن المحكمة العليا[3]، وهذا التطبيق القضائي ترسخ مع مرور الزمن في القضاء الجزائري دون أن يكون له أساس قانوني صحيح، وطالما أن الخلع ينشئه القاضي فلا يوجد حل الرابطة الزوجية قبل نطق القاضي بالخلع.

وبالتالي لا يستطيع المشرع أن يقول من راجعت زوجها أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، لأن العقد لا يزال قائما و لا يحل إلا من قبل القاضي، فالزوجة لا تستطيع أن تطلق حتى نتكلم عن مراجعة زوجها، فالرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق بالإضافة إلى أن المقصود بمصطلح الصلح في المادة **(50)** هي فترة زمنية وهي العدة، فكيف نطبقها على الزوجة التي تطلب الخلع و عدتها لا تكون إلا

---

[1] -وفي قرار أخر للمحكمة العليا اعتبر أن محاولة الصلح قبل النطق بالطلاق عن طريق الخلع و جوبية، و هذا ما نصت عليه المادة **(49)** من قانون الأسرة ، وكذا المادة**(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاءت حيثيات هذا القرار كما يلي:" **لكن حيث انه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بمحاولة الصلح و عاينت المطعون ضدها وأصرت على طلب الخلع، و بالتالي قدرت أن ذلك كاف للتعرف على نية الطرفين، و خصوصا و أن الدعوى التي أسفرت عن الحكم المطعون فيه هي دعوى خلع، و لا تكون إلا بعدما ترى الزوجة المطعون ضدها أنها أصبحت غير راغبة في استمرار الحياة الزوجية مع الطاعن، و عليه فان هذا الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه ...**"، **أنظر**: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 00302/09، مؤرخ في 2009/03/11، **غير منشور**.

[2] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 69.

[3] - حيث أن الطاعن يثير في هذا القرار ثلاث أوجه لتأسيس وتدعيم طعنه بالنقض وكان رد المحكمة العليا عن هذا الوجه كما يلي: " **لكن حيث انه يتبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بإجراء صلح وفقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة وحددت جلسة لذلك، و أن الطاعن تغيب عن الحضور رغم صحة استدعائه مما يجعل الإجراء المنصوص عليه في المادة المذكورة قد تم احترامه و يكون الفرع بذلك غير سديد، لكن حيث انه خلافاً لما ورد في الفرع فان المادة 54 من قانون الأسرة تجيز للزوجة مخالعة نفسها بمقابل مالي دون أن يتوقف ذلك على موافقة الزوج، مما يجعل الفرع غير سديد، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن المحكمة أوردت أسبابا كافية و سائغة تبرر ما انتهت إليه من قضاء خاصة استنادها للمادة 54 من قانون الأسرة وقضاؤها ببدل الخلع وأن غياب الطاعن عن جلسة المحكمة و جلسة الصلح لا يعد مبرًرا لعدم الحكم بالخلع طالما أن إجراءات التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور قد تم وفق الأشكال المقررة قانونًا و يفترض بذلك علم الطاعن بمضمون التبليغ مما يجعل الوجه غير سديد، حيث يصبح الأوجه الثلاثة غير مؤسسة و يتعين معه رفض الطعن** "، **أنظر**: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار رقم 0951899، مؤرخ في 2014/07/10 **غير منشور** .

بعد الحكم، ففي الخلع يكون فك الرابطة الزوجية وصدور الحكم في نفس اللحظة، لأن الخلع والحكم به يكونان في حالة تتطابق فالقاضي هو من يطلقها بحكم منشئ، وبالتالي قبل صدور هذا الحكم العلاقة الزوجية لا تزال قائمة وإجراء الصلح هنا غير مقيد لا بمدة زمنية لا بعدة و لا يوجد رجعة بمفهوم أحكام الرجعة، و إنما يمكن لزوجة أن تتراجع عن طلب الخلع اثرى محاولات الصلح من قبل القاضي فإذا وقع صلح قبل أن يحكم القاضي لا يوجد فك العصمة، و لا يوجد عدة.

و بالتالي لا يطرح أي إشكال كون العلاقة الزوجية قائمة و لم تنحل الرابطة أصلاً والقاضي يصدر حكما بانقضاء الخصومة بالصلح. أما في حالة ما إذا صدر حكم تنقضي العلاقة الزوجية، و تترتب عليها عدة لكن لا تؤثر على أي شئ، فلا تجعل من الزوجية قائمة حكماً كما هو عليه الحال في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة التي يوقعها الزوج و التي تمتد طيلة مدة ثلاثة **(03)** أشهر[1]، فالمشرع لم يبين أحكام عدة الطلاق بالخلع، و لم ينص المشرع أنه يدخل ضمن زمرة الطلاق البائن و خاصة وأن الكثيرين لا يعرفون أن الخلع و التطليق يعتبران طلاقا بائنا.

ما يساهم في وقوع أخطاء جسيمة لا سيما في ما يتعلق بالرجوع[2]، فالعدة المنصوص عليها في المادة **(58)** من قانون تخص عدة الطلاق الرجعي فقط ولم يقصد بها المشرع أبدًا عدة المختلعة[3] فالأولى يمكن للزوج أن يراجع زوجته بدون عقد جديد عكس العدد الأخرى لأن الطلاق الأول رجعي بينما الخلع طلاق بائن، الأول يتلفظ به الزوج بينما الأنواع الأخرى تكون بيد القاضي، فالأول يكون بموجب حكم يقرر المركز بينما في الأنواع الأخرى الحكم يعتبر منشئاً فالطلاق بالخلع يقع دائمًا بائنًا، ولا يمكن للزوج مراجعة مطلقته فيها إلا بموجب عقد جديد[4].

---

[1] - لا مجال للحديث عن العدة لان هذه الأخيرة لا تترتب إلا بعد صدور حكم قضائي على خلاف ما هو عليه الوضع في طلاق الزوج، الذي تكون العدة من تاريخ نطق الزوج لا رفع الدعوى، ومادامت العدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم القضائي للقاضي أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر كون أن العدة و الحكم وفك الرابطة الزوجية ينشؤون في نفس اللحظة فتنقضي العلاقة الزوجية و تترتب عليها عدة، لكن لا تؤثر على أي شئ فلا تجعل من العلاقة الزوجية قائمة حكمًا كما هو عليه الحال في دعوى طلاق الزوج و التي تمتد طيلة مدة ثلاثة**(03)** أشهر .

[2] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 76.

[3] - المرجع نفسه، ص 68.

[4] - المرجع نفسه، ص 75.

الفرع الثاني

محاولات الصلح في دعوى الخلع

يلاحظ منذ صدور الأمر رقم **02/05** تهافتت الزوجات على المحاكم طالبين الخلع، و إن كان الأصل لا اجتهاد مع صراحة النص. و لكن ينبغي أن يكون لقاضي شؤون الأسرة دور ايجابي في معالجة كل حالة بحكمة وتبصر، سيما وأن المشرع أعطى له تلك الإمكانية أثناء محاولة الصلح الواجبة قانوناً، وأن يعمل على الحد من استعمال الخلع استهتارًا بالمعاني والأهداف السامية للأسرة [1]، و الأصل في الخلع قوله تعالى: **" وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ"[2].**

نجد من السنة قصة المرأة المختلعة، امرأة ثابت بن قيس رضي الله عنه و عنها و القصة أخرجها البخاري عن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت **النبي صلى الله عليه وسلم** فقالت: يا رسول الله قيس بن ثابت ما اعتب عليه في خلق و لا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام . **فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم**: أتردين عليه حديقته؟ فقالت : نعم . فقال رسول الله عليه الصلاة و السلام: اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة[3]. وفي رواية له أنه **صلى الله عليه وسلم** قال: فتردين عليه حديقته ؟ فقالت: نعم فردت عليه، وأمره ففارقها [4]، فيفهم من خلال ما سبق أن **النبي صلى الله عليه وسلم** وهو يمثل دور القاضي في هذه القصة، أيقن أن العشرة الزوجية استحالت من جهة الزوجة، بعد أن تحرى الأمر[5]، فطلب منها أن ترد حديقته التي دفعها مهرًا وأمره أن يخالعها دون رضاه [1] .

---

[1]- خياط محمد، المستجدات الواردة في قانون الأسرة، مداخلة ألقيت بمجلس قضاء سعيدة في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة ، محكمة المشرية، السنة القضائية2008-2009، ص 13.

[2]- سورة البقرة، الآية 229و230.

[3]- رواه البخاري في صحيحه، الموسوعة الشاملة، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، الجزء 16، من موقع الإسلام، ص 320 .

[4]- المرجع نفسه، ص 322

[5]- لا ننسى أن **الرسول صلى الله عليه و سلم** كان حكيماً في معالجته لأول قضية خلع، فتناولها تناول المعالج النفسي الخبير بنفوس الرجال و النساء فعندما شكت إليه جميلة بنت أبي بن سلول نفورها من دمامة زوجها ثابت بن قيس، لم يطلب منها دليلاً موضوعياً وأخذ بما قررته هي عن مشاعرها و قالت : "و الله لا أعتب عليه في خلق و لا دين" ، مما يعني أنها تراه رجلاً صالحًا و مع هذا نفرت منه، فأمرها الرسول صلى الله عليه وسلم بان ترد الحديقة و أمر ثابت بطلاقها

فمحاولة الصلح بطبيعية الحال الغاية منها معرفة المشاكل التي تحول دون استمرار الحياة الزوجية، ومحاولة حلها وتقريب وجهات نظر الطرفان وإصلاح ذات البين بينهما،لإعادة بناء أسرتهما التي تعتبر خلية من خلايا المجتمع الأمر الذي يتطلب حضور الطرفان، ولو أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، قد استقر على أن حضور طالب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لمحاولة الصلح، كاف لاحترام الإجراء[2]، وفي هذا الشأن تطبق على دعوى الخلع نفس أحكام الصلح التي سبق التعرض لها مع بعض الخصوصيات بالنسبة لطلاق الزوج وطلاق القاضي[3].

فالقاضي في حالة الخلع لا يطلب منه البحث في بغض الزوجة لزوجها لأن ذلك من الأمور الباطنية، فيكفي أن يتأكد من خلال جلسة الصلح أو حتى من العريضة الافتتاحية للدعوى أو العرائض اللاحقة بها، فيما إن كانت مصممة على طلب الخلع وأنها لا تريد الرجوع إلى زوجها[4]، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أنه لا مانع من أن يرسل القاضي حكمين حتى يحاولا إقناع الزوجين بما هو خير لهما[5]، فتدخل القاضي للإصلاح قد يقلل من حالات الخلع[6]، وربما رجعت كثير من الزوجات عن رأيهن إذا علمن أن المختلعات هن المنافقات.

لان استمرار الزوجة مع زوج تعافه نفسها له عواقب و خيمة وفساد للدين والأخلاق والمجتمع، **أنظر**: بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع – دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة - سلسلة درسات قانونية دار هومه ، الجزائر، 2013،، ص149

[1] - نعوم مراد، مرجع سابق، ص 125

[2] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0964769، مؤرخ في 2014/07/10، **غير منشور**.

[3] - إذ تطبق أحكم الصلح الواردة في المادة (**439**) وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن بينها انه إذا لم يتمكن أحد الزوجين من الحضور إلى جلسة الصلح بأن حصل له مر أو حادث أو سجن أو لبعد المسافة، القاضي يمكنه تحديد جلسة للصلح أخرى أو موعد أخر، و القاضي يمكنه أن ينتقل لسماع الزوج في مكان تواجده أو إلى المستشفى أو يسند هذه المهمة إلى قاض أخر في إطار إنابة قضائية .

[4] - لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع – دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة - سلسلة دراسات قانونية دار هومه الجزائر، 2013، ص146 .

[5] - المصري مبروك، مرجع سابق، ص 282.

[6] -يرى الأستاذ **المصري المبروك** أن ما يؤخذ على المادة (**54**) من قانون الأسرة أنها لم تبين الحالات التي يجوز للمرأة أن تختلع فيها على خلاف الفقه الإسلامي الذي حدد ذلك، وهي حالة كره المرأة زوجها في خلقه أو دينه ونحو ذلك مما تخشى معه عدم تأديتها حق زوجها، عندها يجوز لها أن تخالعه كون أن هذا التقييد مؤداه إلى التقليل من حالات الفرقة بين الزوجين، **أنظر** :- المصري مبروك، المرجع نفسه، ص 280 .

فعن عقبة بن عامر قال: **قال رسول الله صلى الله عليه و سلم** :" المختلعات و المتنازعات هن المنافقات"[1]، ورجعت عن المطالبة بالخلع وصبرت مع زوجها[2]، و يطلب من الزوجة أن تتمهل في فك الرابطة الزوجية، حتى لا تنفصم عرى الزوجية لأسباب قد تزول أثناء قيام النزاع، و يذكرها بان تتذكر ما كان بينها و بين زوجها من إحسان و معروف[3]، عملاً بقوله تعالى: " **وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِير** "[4].

إذا توصل القاضي مع الزوجين إلى الصلح فإنه يثبت ذلك في المحضر، وهذا الأخير يعد سندًا تنفيذياً.غير أنه قد لا تكلل محاولات الصلح دائماً بالنجاح، مما يعني فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين نتيجة تمسك الزوجة بالخلع، فيباشر مناقشة الزوجين بدل الخلع و كذا نفقة الأولاد وحضانتهم والأثاث و متاع الزوجين والمصوغ و غيرها من الأمور العالقة، ويعتبر بدل الخلع عنصر جوهري في دعوى الخلع، إذ لا يكون للخلع أثر إلا بتوفره، بعد تيقن القاضي من فشل محاولات الصلح وتمسك الزوجة بطلبها و الذي ليس للزوج حق الاعتراض على طلبها و لا تشترط موافقته[5]، بل له فقط حق مناقشة بدل الخلع. [6]

---

[1]- وفي نساء السلف القدوة الحسنة في هذا يروى أن امرأة جاءت إلى الحسن، قالت :"يا أبا سعيد لا و الله ما خلق الله شيئا ابغض إلى من زوجي، وانه ليخيل إليه أنه ما في الأرض أحب إلي منه، فهل تأمرني أن أختلع ؟، فقال الحسن:كنا نتحدث أن المختلعات هن المنافقات، قال: فضربت رأسها بيدها فقالت اصبر على بركة الله تعالى ...".

أنظر:المصري مبروك، المرجع نفسه، ص 268 .

[2]- المرجع نفسه، ص 280.

[3]- أحمد نصر الجندي، محكمة الأسرة و اختصاصاتها، **المجلة الكبرى**، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 333.

[4]- سورة البقرة ، الآية 237.

[5]- أنظر أول قرار حسمت فيه المحكمة العليا مسألة الحكم بالخلع بناء على طلب الزوجة والذي لا يشترط رضا الزوج حيث جاءت حيثياته كما يلي:"**..التي أجازت للزوجة أن تخالع دون اشتراط رضاء الزوج بذلك. ..**"، **أنظر**: المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، القرار المؤرخ في1994/4/19، **نشرة القضاة**، عدد 51، 1997، ص 69.

أنظر أيضا:- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار المؤرخ في 1996/7/30،**المجلة القضائية**، عدد01، 1999، ص120، حيث جاءت إحدى حيثياته كما يلي: " **... حيث أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدًا رضائياً ..**".

-كذالك القرار الصادر عن: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 01067/09، مؤرخ في 2009/09/16، غير منشور حيث ورد فيه:" **... ومن ثم فإن عدم موافقة الطاعن على الخلع الذي تطالب به المطعون ضدها، وعلى المقابل المالي المقترح من قبلها، لا يحرمها من مخالعة نفسها و لا تحرمها أحكام الشريعة الإسلامية و لا القانون من ذلك، مثلما يعتقد الطاعن خطأ...**" .

[6]- بن الشيخ اث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 427.

يبادر القاضي بتوجيه سؤال جوهري للزوجة في جلسة الصلح مفاده: ما هو مقدار المقابل المالي الذي سوف تدفعه للزوج مقابل الخلع؟ ، و في هذا الشأن يمكن أن نتصور حالتين: حالة تتمثل في أن تبدي الزوجة للزوج رغبتها في الخلع لقاء مال معين و يتفق الزوجان على مقداره، وحالة أخرى تبدي الزوجة الخلع، ولكن لا يتفقان على مقدار البدل الأمر الذي يوجب تدخل القاضي ليقدره بصداق المثل وقت صدور الحكم[1].

إذا طلبت الزوجة الخلع مقابل مبلغ مالي معين[2]، ووافق الزوج عليه لا يطرح أي إشكال، لكن الإشكال يكمن عند عدم عرضها للمقابل المالي، في هذه الحالة يجب أن لا يقف القاضي موقف الحياد السلبي، وإنما للقاضي أن يقف موقف الحياد الايجابي، و يسأل الزوجة عن المقابل وكذا قيمته، و يطلب منها تحديده، وعلى هذا النهج سار قضاء المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ **2007/09/12** والذي جاء فيه:" **حيث أنه فعلاً بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها رفعت دعواها ضد الطاعن طالبة فك الرابطة الزوجية بينهما بالخلع وطلبت بعض الحقوق ودون أن تعرض تقديم مال معين، مقابل ذلك الخلع كما ينص عليه قانون الأسرة، وكان على قاضي المحكمة التأكد من ذلك دون التطرق إلى الأسباب التي جعلت المطعون ضدها تطالب بالخلع، وعليه هذا الفرع مؤسس ويترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه** "[3].

وعليه إذا طلبت الزوجة الخلع صراحة ولم تعرض البدل فان القاضي لا يرفض الطلب، لانعدام أو عدم تحديد المقابل المالي، بل يدعوها إلى اقتراح العوض [4]، كون البدل شرط جوهري لا يكون بدونه الخلع، و لا يقع صحيحًا إلا بذكره و تحديده تحديدًا دقيقاً، بما يجعله قابلا للتنفيذ.

---

[1]- بن الشيخ اث ملويا لحسين، المرجع نفسه، ص 420.

[2]- " **لكن حيث أن المادة (54) من قانون الأسرة التي صدر في ظلها الحكم محل الطعن بالنقض و المعدلة بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 /2005/02 تنص على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وهذا ما تأكدت منه المحكمة لما عرضت المطعون ضدها مبلغ أربعين ألف دينار مقابلاً مالياً للخلع، و الطاعن اكتفى برفض دعواها لعدم التأسيس** ..."، انظر: المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0964769، مؤرخ في 2014/07/10، **غير منشور**.

-وفي هذه النقطة دائما نجد قرار أخر للمحكمة العليا والتي وردت حيثياته كما يلي:" **لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، أن المحكمة استندت إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة التي تجيز للمطعون ضدها ودون موافقة الطاعن أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وهذا ما أصرت عليه و تمسكت به المطعون ضدها أثناء جلستي الصلح، وعاينته المحكمة و عليه هذا الوجه غير مؤسس...** "، انظر: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0987890 مؤرخ في 2014/09/11، غير منشور.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 401330، مؤرخ في2007/09/12، غير منشور.

[4]- بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص 186.

غير أنه قد لا يحضر الزوج محاولات الصلح فيتعذر على القاضي مناقشة الزوج فيما اقترحته الزوجة كمقابل للخلع، مما يطرح إشكالاً هل يحفظ القاضي حق الزوج في البدل أم لا ؟

في حقيقة الأمر عرف القضاء موقفين في هذا الشأن، ففي بادئ الأمر كان يجيز حفظ حق الزوج في البدل، وذلك من خلال ما هو ثابت في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ **2005/7/13**، جاء فيه ما يلي :" **لكن حيث يلاحظ من خلال الحكم المطعون فيه، أن المطلقة قد عرضت مبلغاً من مالياً على الطاعن مقابل الخلع إلا أن هذا الأخير لم يناقش المبلغ المعروض، مما أدى بقاضي الدرجة الأولى إلى حفظ حقه في هذا الجانب ،وإذا أراد الطاعن مناقشة هذا الجانب عليه الطعن بالاستئناف...**"[1].

غير أن المحكمة العليا سرعان ما تداركت هذا السهو في قرار لها بتاريخ **2006/10/11** بقولها **:"..فإن كل امرأة تطالب بالخلع عليها وجوباً عرض مبلغ مالي مقابله، وتبعا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالخلع سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا طبقاً لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة و لما قضى قضاة الموضوع بخلاف ذلك فإن قضائهم جاء مشوباً بالقصور في الأسباب وانعدام الأساس القانوني الأمر الذي يتعين معه نقضه وإبطاله ...**"[2].

أحياناً قد تعرض الزوجة في جلسة الصلح أن يكون البدل مقابل غير مالي أي غير النقود ؟، فما هو الذي يصلح أن يكون بدل خلع ؟، مع العلم أن المشرع نص في المادة**(54)** من قانون الأسرة المقابل المالي في هذا المجال يرى **الأستاذ فضيل:** " أن عبارة مقابل مالي تنصرف إلى كل ما له قيمة نقدًا أو عيناً عقار أو منقولا"[3]، على خلاف قضاء المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ **2009/01/14** الذي قضى بضرورة وجوب تحديد الزوجة للعوض الذي تعرضه، بأن تذكر مبلغ من المال، و لا يكفي أن تعرض مصوغها الذهبي كعوض، وجاء أسباب القرار ما يلي:" **حيث طالما القرار محل الطعن الذي أيد الحكم الذي لم يوضح ضمن حيثياته بالتدقيق لمبلغ الخلع، الذي عرضته المطلقة أثناء جلسة الصلح مكتفية على أنها مستعدة لإرجاع طاقم ذهبها دون تحديدها لقيمته نقدًا..**"[4].

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم..2345.، مؤرخ في **2005/7/13**، **نشرة القضاة**، عدد61، ص 330.

[2] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 365244، مؤرخ في 2006/10/11، **مجلة المحكمة العليا** عدد 01، 2007، ص 467 وما بعدها.

[3] - فضيل سعد، مرجع سابق، ص 313

[4] - المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 00076/09، مؤرخ في 01/14/ 2009، غير منشور..

وبالتالي يفهم من خلال هذا القرار أنه إذا عرضت الزوجة مقابلاً غير مالي كالمصوغ وجب تقديره وتحديد قيمتة نقدًا، وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا أنه يمكن أن يكون البدل هو نفسه قيمة الصداق الذي دفعه الزوج عند الزواج إذا لم تنازع الزوجة في ذلك[1]، فيتدخل القاضي لتحديد بدل الخلع عندما لا يوافق الزوج عليه، أما إذا عرضت الزوجة مقابلاً غير مالي والزوج طلب مقابل مالي، فهنا القاضي لا يتدخل لتحديده، لأن عدم الاتفاق لم ينصب على نفس المحل، والقاضي إذا حدده يكون قد خالف نص المادة **(54)** من قانون الأسرة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ **2009/01/14** إذ جاءت أسباب القرار كما يلي:

" حيث طالما القرار محل الطعن الذي أيد الحكم الذي لم يوضح ضمن حيثياته بالتدقيق لمبلغ الخلع الذي عرضته المطلقة أثناء جلسة الصلح، مكتفية على أنها مستعدة لإرجاع طاقم ذهبها دون تحديدها لقيمته نقدًا، والذي قوبل بالرفض من طرف الطاعن مطالبا من جهته بمبلغ 550.770 دج، وحيث بالرغم من عدم تحديد مقابل الخلع نقدًا من طرف المطعون ضدها إلا أن قضاة الموضوع ذهبوا إلى تحديده بمبلغ 60.000 دج مخالفين في ذلك أحكام المادة (54) من قانون الأسرة، ذلك أن مقابل الخلع يحدده القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجين على مبلغ معلوم من المال أثناء صدور الحكم. يتعين القضاء بنقض جزئي فيما يخص مقابل الخلع... "[2].

وعليه نص المادة 54 فقرة 2 من قانون الأسرة واضح والتي تنص على ما يلي:" **إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم** "، وبالتالي كيف يعتمد القاضي في تحديد بدل الخلع عند عدم الاتفاق على مبلغ معلوم؟، وفي هذا الشأن بالرجوع إلى الحكم القضائي الصادر عن محكمة عين تموشنت بتاريخ **2015/3/11** نجد انه نص على ما يلي: **"انه في حالة أن الطرفان لم يتفقا على مبلغ الخلع في جلسة الصلح، فتطبق مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون الأسرة، أنه للقاضي أن يحدد المقابل المالي للخلع بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم و عليه تحدده المحكمة طبقاً للأعراف المنطقة و مستوى الزوجين الظاهر لها "[3].**

---

[1]- جاءت أسباب القرار كالأتي " **حيث أن تقدير المقابل المالي للخلع لا يخضع إلى ظروف المعاش، أو استنادًا إلى الدوافع التي أدت إلى المطالبة به، مثلما تعتقد الطاعنة وحيث انه ثبت من القرار المطعون فيه أن قيمة الصداق المدفوع من طرف الزوج قدر بمبلغ 110.000 دج، وهو المبلغ الذي لم تنازع فيه الطاعنة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقائهم برفع مبلغ الخلع من 60.000 دج الى 110.000 دج، يكونوا طبقوا صحيح القانون ...**"، **أنظر**: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 01390/09، مؤرخ في 2009/12/10، **غير منشور**.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 00076/09، مؤرخ في 01/14 /2009، **غير منشور**.

[3]- محكمة عين تموشنت، قسم.شؤون الأسرة،حكم رقم 00922/15، مؤرخ في 2015/3/11، **غير منشور**.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/07/08 حيث نجد حيثياته كما يلي**:" في حالة اختلاف الزوجين في تحديد العوض، فإنه في مقدور القاضي أن يحدده تماشياً مع عرف وعادات أهل المنطقة"**، وجاءت أسباب القرار كما يلي :" **..وقامت عندئذ محكمة أول درجة بتحديده تماشياً مع عرف وعادات أهل المنطقة، فإن قضاة الموضوع يكونوا طبقوا صحيح القانون في هذه المسألة ..."**[1].

غير أنه ما يعاب على القضاة أنهم أصبحوا بمجرد تقديم طلب الخلع يحكمون به دون أدنى تحر[2] ولذلك وجب أن يتحرى القاضي في جلسة الصلح مدى قيام الكراهة البادية الموافقة لمفهوم الخلع حقيقة وبين الكراهة غير البادية المقنعة أين تستند المرأة إلى أسباب التطليق لا أسباب الخلع .

أولا-الكراهة البادية الموافقة لمفهوم الخلع حقيقة.

بعد حضور الزوجين أمامه في جلسة الصلح السرية، تعرض الزوجة وقائع و ظروف و عناصر دعواها عارضة حججها و تختمها بعرض طلباتها، وبعد ذلك يعطي القاضي الكلمة إلى المدعي عليه ليقدم دفوعه وحججه، و أدلته التي تكون غالًبا معاكسة ثم يختم بعرض الطالبات التي يريد من المحكمة أن تحكم له بها لصالحه، ثم يمنح للزوجين حق الرد على ما كل ما يراه غير صحيح، وذلك بكل أدب واحترام ودون إحداث ضجيج ، ودون إساءة إلى بعضهما البعض، أو عدم المحافظة على الاحترام الواجب مراعاته أثناء النقاش[3].

فإذا تمسكت الزوجة بطلب الخلع كونها تخاف ألا تقيم حدود الله فإذا عاين القاضي وبحث وتحرى الوقائع التي عززت بها الزوجة طلبها للخلع في جلسة الصلح طبقاً لنص المادة(**451**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وتأكد من أن الوقائع المدلى بها أثناء محاولة الصلح من شأنها أن تجعل العشرة الزوجية مستحيلة، من جهة الزوجة كونها كارهة لزوجها وعازفة عن البقاء معه، بحيث يخشى عليها التمرد عليه، و النشوز عن طاعته في حقوقه الواجبة له عليها [4]، فهنا ما على القاضي إلى أن يحرر محضر عدم الصلح، حتى وإن كان الزوج راغباً في عودتها أو متمسكًا برجوعها إلى البيت الزوجي[5]، لأنه لا يحتاج في الخلع إلى إرادة الزوج[6]، و سواء كانت كارهة من غير سبب واضح معلوم،

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 00850/09، مؤرخ في 2009/07/08، **غير منشور**.

[2]- نعوم مراد، مرجع سابق، ص 125 .

[3]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 330.

[4]- تشوار حميدوا زكية، مرجع سابق، ص 76

[5]- نعوم مراد، المرجع نفسه، ص 125.

[6]- بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص 238.

أو بسبب بغض بعض تصرفات الزوج العادية أو الخلقية، التي ليس فيها ظلم لها[1]، وبتمسكها بطلب الخلع يتيقن القاضي أن طلبها للخلع مسايرًا للشرع الإسلامي[2]، و يكفي في ذلك أن تدعي عدم قدرتها على مواصلة الحياة الزوجية، فالزوجة لا تحتاج إلى إثبات ذلك بأحكام قضائية مثل الأسباب الواردة بالمادة(**53**) المتعلقة بالتطليق.

حيث في غالب الأحيان ما يرتبط الخلع بالحالة النفسية والمعنوية و هذه الأخيرة يصعب إثباتها،لأنه من المعروف أن نفور الزوجة من زوجها حالة نفسية لها دوافع شعورية ولا شعورية لا تقدر عليها، ولا تستطيع تقديم أدلة موضوعية على صحة دعواها، و يضاف إلى أن هذا النفور مسألة نسبية تختلف من شخص إلى شخص، و ترتبط بالنواحي الوجدانية أكثر من النواحي العقلية المنطقية[3].وبناءً على ما تقدم فالزوجة ليست مطالبة بتقديم أية مبررات لطلب الخلع وأكدت المحكمة العليا ذلك في قرار لها بتاريخ **2009/12/10** " **فإن عدم موافقة الزوج على الخلع المطالب به من طرف المطعون ضدها لا يمنع القاضي من القضاء به، كما أن الزوجة ليست مطالبة بتقديم أية مبررات لطلب ذلك الخلع ...**"[4]، وفي قرار أخر لها صادر بتاريخ **2007/09/12**. والذي جاء فيه أيضاً :"**... وكان على قاضي المحكمة التأكد من ذلك دون التطرق إلى الأسباب التي جعلت المطعون ضدها تطالب بالخلع وعليه هذا الفرع مؤسس ويترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه...** "[5].

وبالتالي لا يشترط على الزوجة أن تبدي الأسباب التي دفعتها إلى المطالبة بالخلع مادام حقاً خاصًا لها مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فالخلع يبقى حق للزوجة و ليس للقاضي أن يبحث عن أسباب كراهيتها، وخاصة لم يثبت عن الرسول عليه الصلاة والسلام، و لا الصحابة من بعده بحثوا في ذلك[6]، بمعنى انه لا يشترط منها أن تذكر السبب الذي دفعها إلى طلب الطلاق بعوض فلا يحق للقاضي أثناء جلسة الصلح أن يستفسرها عن ذلك، و معنى ذلك إذا لم يستطع القاضي التوصل إلى الصلح فما عليه إلا الاستجابة إلى طلبها بغير اشتكاء لضرر من طرف الزوجة أو حتى الزوج[7].

---

[1] - تشوار حميدوا زكية، المرجع نفسه، ص76.
[2] - نعوم مراد، المرجع نفسه، ص 125 .
[3] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص148.
[4] قرار غير منشور تحت رقم 01385/09،**نقلاً عن**: بن الشيخ آث ملويا لحسين، المرجع نفسه، ص 237 و 238
[5] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 401330، مؤرخ في 2007/09/12، **غير منشور**.
[6] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، المرجع نفسه، ص 149.
[7] - المرجع نفسه، ص 238.

حيث نلاحظ قرار المحكمة العليا في هذه النقطة الذي يؤكد أن الزوجة غير مطالبة بالإثبات: " بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الدرجة الأولى و في محاولته الصلح بين الطرفين تمسكت أمامه الزوجة بالطلاق استنادًا إلى خيانة الزوج الطاعن لها، و استنتجت المحكمة من عدم إنكار الزوج خلال المواجهة مع زوجته صحة الادعاء، و الانتهاء إلى الاستجابة لطلب التطليق رفعاً للضرر فإنها لا تكون بذلك خالفت قواعد الإثبات أو قلبت عبء الاثبات حسبما ما ورد في الوجه، و إنما مارست سلطتها في فهم الوقائع وتقديريها، مما يجعل الوجه غير سديد" واستناد المحكمة في الاستجابة لطلب التطليق الى ما بررت به الزوجة طلبها أثناء جلسة الصلح من خيانة الزوج لها وصمت هذا الأخير وعدم انكاره هذا التصرف منه يشكل إيذاء منه لمشاعر زوجت ومما يستحيل معه داوم العشرة والقاضي يستقل في تقدير عناصر الضرر.."[1].

ثانياً- الكراهة غير البادية المقنعة:

نظم قانون الأسرة الخلع في المادة **(54)** منه، بحيث قبل التعديل كانت مطالبة الزوجة بالخلع مرتبط برضا الزوج، أي لا يفرق بين الطلاق بالتراضي و الخلع إلا ببدل الخلع، فكان الزوج في الغالب يرفض مبدئياً بدعوى أنه لا يسرح من طرف الزوجة و لو أنه يحصل على بدل الخلع، في ذلك فكانت الزوجة تلجأ إلى التطليق و في الغالب ترفض دعواها لصعوبة إثبات إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة**(53)** من قانون الأسرة، وتبقى معلقة تحت جور الزوج شهورًا و أعواما [2].

لكن بعد تعديل قانون الأسرة في **2005** أبقى المشرع على المادة **(54)**و ألغى رضا الزوج [3]،إذ نصت :" **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي** "، وبعد التعديل أصبحت النساء لا يلجأن إلى التطليق باعتباره طريق طويل وشاق، و يلجأن إلى الخلع فمجرد أن تودع طلب الخلع يحكم به القاضي بعد جلسات الصلح في غياب أدنى تحري من طرفه، مع العلم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يحث القاضي على تعميق التحري و البحث بالإجراءات المخولة قانوناً، حتى يكون الحكم

---

[1] -قرار رقم : 0972469، المؤرخ في. 2014/07/10(، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، بالمحكمة العليا **غير منشور .**

[2] - مراد نعوم، مرجع سابق، ص 125 .

[3] - يلاحظ انه سواء في ظل الصياغة القديمة للمادة **(54)**من قانون الأسرة أو في ظل صياغتها بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05/02، فإن الخلع الذي ينشأه القاضي بناء على طلب من الزوجة لا يشترط موافقة الزوج عليه.

صائبا، إذ نصت المادة 451 الفقرة 5 منه " **يعاين القاضي أيضا و يكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقاً لأحكام قانون الأسرة** ".

حيث تحيل المادة أعلاه إلى الأحكام الموضوعية المنصوص عليها في قانون الأسرة، و يقصد بها المادة **(54)** منه التي تنص على جواز مخالعة الزوجة لنفسها بمقابل مالي حتى دون موافقة زوج، و عليه هو حق إرادي للزوجة تمارسه وقت ما شاءت، لكن عمليا لا يمت بأي صلة للشرع، حيث أصبحت أعداده هائلة تنخر الأسرة و بالتالي المجتمع و بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أصبح لقاضي شؤون الأسرة سلطات يتمتع بها لاسيما في مجال التكيف القانوني للوقائع، وذلك بموجب نصوص قانونية صريحة، بما فيها سلطة قاضي شؤون الأسرة في تكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع[1].

ثبت من الناحية التطبيقية أنه في العديد من القضايا التي ترفعها الزوجة لأجل فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع المنصوص عليه في المادة **(54)** من قانون الأسرة أنها تؤسس دعواها على الأسباب التي تتضمنها المادة**(53)** من نفس القانون و الخاصة بالتطليق[2] .

فالقاضي في الخصومة بصفة عامة وفي جلسة الصلح بصفة خاصة فيما يخص مجال الوقائع دوره سلبي، فالأطراف هم الذين يقومون بتقديمهم الوقائع ولا يجوز له مهما كان الأمر أن يتدخل، فيزيد منها أو ينقص منها فيحرفها[3]، حيث يقتصر دوره في فرز الوقائع واستبعاد غير المنتجة منها لدعوى التي ليست محلاً للنزاع، و عليه إذا رفعت سيدة ما دعوى قضائية ضد زوجها للمطالبة بالخلع، وأثناء جلسة الصلح استندت إلى ذكر الوقائع إلى سبب من الأسباب الواردة في المادة **(53)** من قانون الأسرة وقدمت للقاضي ما يثبت صحة ما تدعيه غير أنها تتمسك بالخلع[4].

---

[1]- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكيف القانوني للوقائع، **المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد03، 2012، ص 327.

[2]- كان دور القاضي ينحصر في تسير الخصومة حيث يعتبر مقيد فيها إلى ابعد حد، حتى أضحى يشبه دور الحكم (مثل المباراة) إلا انه بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تغير دورهبان أصبح ايجابياً ، **أنظر**:- لمطاعي نور الدين سلطة المرجع نفسه، ص 328و329.

[3]- تنص المادة **(26)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "**لايجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرفعات يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات والمرافعات الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها إدعائتهم** ".

[4]- فالقاضي لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يغير في ادعائها، إذ يمنع على القاضي أن يغير سبب الطلب القضائي **أنظر**: لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص 330.

يقوم القاضي في جلسة الصلح بفحص هذه الأسباب التي وردت في عريضتها، و يناقشها معهما في جلسة الصلح، الأمر الذي يساعد القاضي فيما بعد في مجال القانون الذي هو اختصاص أصيل له في البحث عن النص الواجب التطبيق على تلك الوقائع، لأنه يكيف تلك الوقائع فيما إذا كانت تنطبق عليها أحكام الخلع المنصوص عليها في المادة **(54)** من قانون الأسرة أم تنطبق عليها أحكام التطليق المنصوص عليها في المادة **(53)**من نفس القانون.

وعليه نستنتج أنه لم تعد جلسة الصلح تقتصر على مصالحة الأطراف و التراجع عن فك الرابطة الزوجية حسب المفهوم التقليدي لها، بل فشل القاضي في إجراء الصلح لا يمنعه من أن يمارس دوره الايجابي استناداً إلى ما منحه القانون من صلاحيات في مجال الخصومة، حيث عليه أن يكيف هذه الوقائع والتي ناقشها الأطراف في العرائض والمذكرات، و لاسيما في جلسة الصلح تكيفاً قانونياً صحيحاً[1]، فطبقاً لنص المادة **29** فقرة **1** من قانون الإجراءات المدنية الإدارية غير مقيد بتكيف الخصوم وإنما يفصل في النزاع وفقا للتكيف الذي توصل إليه كقاضي، لإخراج إرادة القانون إلى الوجود فيقضي بالتطليق و لا يقضي بالخلع كما طلبته المدعية في طلبها القضائي، ولا يعد خطأ في تطبيق القانون أو اختيار القاعد القانونية، ولا يتهم بخروجه عن حياده، أو انه حكم بما لم يطلبه الخصوم، فهو مطالب بإعلان إرادة القانون لا رأيه الشخصي[2].

إن جلسة الصلح تساعد القاضي على فهم حقيقة الوقائع فقد ترفع الزوجة طلب الخلع غير أنها لا تختبئ وراء سبب من أسباب التطليق، كون الوقائع المدلى بها أمام القاضي في جلسة الصلح لا تنطبق على نص المادة**(54)** من قانون الأسرة، وإنما قد تنطبق عليها أحكام نص المادة **(16)** منه ، أين لايتضح الأمر إلا في جلسة الصلح، والتي هي في غاية الأهمية حول ما إن كان هناك دخول بها أو لا،

---

[1]- لأنه ومن الناحية التطبيقية يظهر ذلك جلياً في جلسة محاولات الصلح، انه في العديد من المرات يتم رفع دعاوى قضائية من قبل زوجات لأجل حل الرابطة الزوجية، بسب عدم الإنفاق عليها من طرف الزوج بعد صدور حكم بوجوبها وبسب ارتكاب الزوج لجريمة ماسة بشرف الأسرة، أو بسبب مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج ...الخ فهده أسباب لا تتعلق البتة بأحكام الخلع، و إنما تتعلق بأحكام التطليق فلا يحكم القاضي بالخلع، و الوقائع محل دعوى التطليق التي قد يتغاضى عنها بعنوان الحياد أو عنوان الحكم بما لم يطلبه الخصوم .

[2]- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكيف القانوني للوقائع، مرجع سابق، ص 337.

أحيانا لا لأنها لا تذكر ذلك في عريضة افتتاح الدعوى وتكتفي بذكر أنها لا تطيق العيش مع هذا الزوج[1] وتنتهي إلى طلب الخلع.

تساعد جلسة الصلح على معرفة الحقيقة و التكييف القانوني الصحيح لطلب الزوجة، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أنه متى كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكًما يكون الخلع جائزا، سواء قبل الدخول أو بعده ،وهو الشيء الثابت عند الإمام مالك[2]، ويذهب هذا الرأي إلى القول أن المادة **(54)**من قانون الأسرة لم تشترط أن يتم طلب الخلع من طرف الزوجة بعد الدخول، فالقانون لم يوجب أن يكون الخلع بعد الدخول.

و بالتالي بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية و التي لا تشترط حصول الدخول و أن نفور الزوجة من الزوج لا يكون إلا بعد الدخول هذا قول في غير محله وغير مستساغ، لأن الزوجة كما تكره الزوج بعد الدخول قد تكره قبل الدخول لأنها قد تكتشف فيه ما ينفرها عنه، مما يدفعها إلى عدم المغامرة بالدخول[3].

لكن ما يلاحظ أن المحكمة العليا، ذهبت خلاف ذلك في قرار لها بتاريخ **2006/06/14** [4]، بأن أقرت بعدم جواز طلب الخلع من طرف الزوجة قبل الدخول، و أنها لا يحق لها ذلك إلا بعد الدخول وجاء في أسباب قرار المحكمة العليا ما يلي:" **حيث أن الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك أن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول، وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية و النفور، يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض و الإبطال ."**.

وفي قرار أخر لها بتاريخ **2009/01/14**، أكد عدم جواز مطالبة الزوجة بالخلع قبل الدخول و الذي جاءت أسبابه كما يلي: " **حيث متى كان هناك عقد زواج مسجل ببلدية شميني بتاريخ**

---

[1] - لأنه يوجد اختلاف في فهم وتفسير المقصود من الزوجية إن كانت تنصب على المعاشرة بين الزوجين الأمر الذي يقتضي بالضرورة الدخول أم أنه يوجد زواج غير أنه لم يتم الدخول بعد ؟

[2] فقد جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك ما يلي: " إني سمعت مالكًا سئل عن رجل تزوج امرأة بمهر مسمى، فافتدت منه بعشرة دنانير إليه قبل أن يدخل بها على أن يخلي سبيلها، ففعل ثم أرادت أن تتبعه بنصف المهر، قال: ذلك ليس لها. .." وعلى ذلك الإمام مالك أجاز الخلع قبل الدخول، **انظر**: بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق ص 138 و 139.

[3] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، المرجع نفسه، ص 142 و143.

[4] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم43537، مؤرخ في **2006/06/14** ،**مجلة المحكمة العليا**، عدد02، 2006 ص 421 وما بعده .

2003/08/19، و المطعون ضدها لم يتم الدخول بها، فإن محكمة أول درجة لما قضت بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، قد تكون أخطأت في تطبيق أحكام قانون الأسرة لأن الخلع لا يتم إلا بعد الدخول بالزوجة، الشيء الذي لا وجود له في دعوى الحال ... [1].

في حقيقة الأمر تكون العبرة بالدخول حتى نقول أن الزوجة تكره و تنفر من زوجها لأسباب باطنية أما إذا طلبت الزوجة الخلع قبل الدخول، و العيش مع الزوج فهذا ليس بخلع وإنما هو بمثابة الطلاق قبل البناء هذا الأخير لم ينظمه المشرع في المادة **(48)** من قانون الأسرة، الذي يرتب آثار قانونية تختلف عن أنواع الطلاق المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرار صادر عنها بتاريخ **2013/01/10** ، حيث قررت أنه:" **بدلا من التصدي للدعوى و الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين، دون الإشارة إلى عدم الدخول، لأن هناك أثار قانونية تترتب عن كل نوع من فك الرابطة الزوجية، قبل الدخول وفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق أو الخلع ...**"[2] ، وفي قرار آخر صادر بتاريخ **2011/03/10**، و جاء فيه ما يلي: " **ومادام أن قضاة الموضوع ثبت لديهم أن الدخول لم يتم والطاعن نفسه أقر بذلك.فان قضاة الموضوع أعطوا أساسًا قانونًيا سليمًا لقرارهم و طبقوا نص المادة 16 من قانون الأسرة التي تنص على أنه وتستحق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول .** "[3].

ولذلك بدلا من أن تدفع الزوجة مقابل مالي من اجل حصولها على الحرية، فإنه متى ثبت في جلسة الصلح أنه حقيقة لا تشكل الوقائع خلعا وإنما طلاقا قبل البناء، فهنا تستحق نصف الصداق، وكما أنه في جلسة الصلح يكتشف القاضي بعض الأمور و لاسيما أن نص المادة **(26)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجيز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عناصر المناقشات والوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم، فإذا وجد الزواج قد سبق له وأن انحل، فالخلع لا يصح كما لو حكم ببطلانه، أو كانت الزوجة قد بانت من طلاق رجعي، يعنى أن يطلقها الزوج طلاقاً رجعًيا ولا يرجعها أثناء العدة و تنقضي هذه الأخيرة، فهنا يصبح الطلاق بائناً و تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها، و بالتالي لا يصح منها الخلع لأن ملك الزوج زال بانقضاء العدة[4]، ولهذا على القاضي أن يتأكد ويتحرى من

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 00103/09، مؤرخ في 2009/01/14، الأحوال الشخصية، **غير منشور** .

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 0830411، مؤرخ في 2013/01/10، **غير منشور** .

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 0615333، مؤرخ في2011/03/10، **غير منشور** .

[4]- بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص 138.

الزوجين عند سماعهما على انفراد ثم مجتمعين إذ كانت قد حصلت مثل هذه الوقائع، فلا يكون أمام خلع.

بعدما تمت الإحاطة جيدًا حول دور القاضي أثناء مختلف صور فك الرابطة الزوجية. نشرع الآن في دراسة مسألة لا تقل أهمية عن سابقتها، ألا و هي إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية والآثار المترتبة عليها، وذلك من خلال الفصل الثاني التالي .

الفصل الثاني

إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية والآثار المترتبة عليه

خص المشرع محاولات الصلح في قضايا شؤون الأسرة، بإجراءات وقواعد منها موضوعية وشكلية. وللإحاطة جيدًا بإجراءات وقواعد الصلح في التطبيق القضائي الأسري والآثار التي قد تترتب، كان لا بد إلى التطرق لإجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية(**المبحث الأول**)، وكذا معالجة الآثار المترتبة على الصلح وأثر الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية(**المبحث الثاني**) .

المبحث الأول

إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية

تقتضي دراسة إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية إلى التطرق إلى معالجة دور القاضي في مباشرة إجراءات الصلح(**المطلب الأول**)، بالإضافة إلى دوره في اتخاذ التدابير الضرورية و المؤقتة أثناء إجراء محاولات الصلح(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

دور القاضي في مباشرة إجراء ات الصلح

لمعرفة إجراءات الصلح ودور القاضي فيها، لابد من التطرق إلى الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح (**الفرع الأول**)، وكذا الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح:

تتمثل الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح، في ضرورة رفع الدعوى التي يكون موضوعها فك الرابطة الزوجية(**أولاً**)، ثم تتطلب أطراف جلسة الصلح(**ثانياً**)، بالإضافة إلى ضرورة قيام العلاقة الزوجية(**ثالثاً**).

أولاً -ضرورة رفع الدعوى :

طبقاً لنص المادة **(48)** من قانون الأسرة يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين **(53)** و **(54)** أي بالتطليق و الخلع وعليه فالمشرع اعتبر كل هذه الصور طلاقاً بمعناه العام كطريق لحل الرابطة الزوجية، ومادام حق فك هذه الرابطة الزوجية ثابت للزوجين معا، فإن ممارسته يجب أن تتم عن طريق التوجه للقضاء وتسجيل

الدعوى القضائية بذلك، حيث تعتبر هذه الأخيرة الوسيلة الإجرائية الوحيدة التي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة في هذا الإطار من الناحية القانونية، باعتبارها (الدعوى) أصلاً سلطة الشخص التي يخولها له النظام القانوني في اللجوء إلى الجهات القضائية لغر ض حماية حقه[1].

وبهذا يعرض الحق في فك الرابطة الزوجية على القضاء حتى يتسنى لقاضي شؤون الأسرة المختص بإجراء الصلح بين الزوجين، ومحاولة منه كبح الجماح وتفادي انحلال وفصم عرى الزوجية فشرط وجود دعوى طلاق معروضة على القضاء هو شرط موضوعي لعقد جلسة الصلح بين الزوجين.

وعلى العموم فإنه يتم اللجوء إلى القضاء بطريق رفع الدعوى التي تكون بموجب تسجيل عريضة على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصة[2]، كما يستلزم الأمر أن تتوفر في هذه العريضة كافة الشروط الشكلية المطلوبة قانوناً والواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يجري الصلح في أي دعوى موضوعها حل الرابطة الزوجية إلا بعد رفع الدعوى وانعقاد الخصومة.

ثانياً- أطراف جلسة الصلح :

غني عن البيان أن أحد أهم الأشخاص الرئيسية في جلسة محاولة الصلح هما طرفيها المعنيين مباشرة بها وهما الزوجان، غير أنه عند عرض الطلب على القضاء، توجد أشخاص أخرى هم القاضي المكلف بشؤون الأسرة الذي يجري محاولة الصلح و أمين الضبط، وبذلك تتحدد أشخاص جلسة محاولة الصلح في ثلاثة أطراف هم: الزوجين، القاضي، أمين الضبط .

ثالثاً- و جود العلاقة الزوجية :

إن محل الصلح بين الزوجين هي العلاقة الزوجية القائمة بينهما، فلا صلح في غياب هذه الرابطة ومن ثم نتساءل متى نكون بصدد علاقة زوجية قائمة فعلا؟، وهل يشترط لإجراء الصلح من طرف القاضي أن يحصل دخول حقيقي بين الزوجين؟، وما هو الحل إذا كان الزواج زواجا عرفًيا؟.

لقد ذكر البعض من الفقهاء الزواج بأنه:" عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات "[4]، قال تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَـاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا**

---

[1] - الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 227 .

[2] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 232 .

[3] -أنظر المواد **(13)** و(**14**)و **(15)** وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر، ص 19 .

لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[1]، بالرجوع إلى نص المادة **(04**) من الأمر 02/05 2005 المعدل والمتمم المتضمن قانون الأسرة التي جاء فيها :" **الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب** "، فلا يمكن القول بمحاولة للصلح من غير وجود لعقد زواج قائم فعلاً بين زوج وزوجة.

وعليه شرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح، وعقد الزواج الرسمي هو وسيلة و التي يمكن من خلالها إثبات الصفة في ذلك، لأن الطلاق لا يكون إلا في عقد زواج قائم فعلاً من الناحية الشرعية على الأقل، فلا يكون إلا بناء على عقد زواج صحيح ولازم [2]، ولا يشترط حصول دخول حقيقي في الزواج حتى يمكن إجراء الصلح.

يرى فقهاء المذهب المالكي فيما يتعلق إجراء الصلح في الطلاق قبل البناء، أن بعث الحكمين يكون في الحالتين، أي قبل الدخول وبعده لأن حصول الشقاق وعدم الوفاق بين الزوجين قد يحدث حتى قبل البناء، فجاء في مدونة **الإمام مالك:** " المرأة ممن لم يدخل بها يجري أمرها مع الحكمين مجرى المدخول بها "[3]، والواقع أن المشرع الجزائري لم يوضح الأمر بشأن هذه المسألة فالأخذ بما ذهب إليه المالكية هو المنطق السليم، لأن حدوث الخصام بين الزوجين قد يكون حتى قبل الدخول وهو أمر متصور ومحتمل جدًا، ولهذا يصح إجراء الصلح من طرف القاضي متى رفع إليه النزاع، فالعبرة بوجود عقد الزواج في الملف الدعوى. وهو ما يكرسه قضاء المحكمة العليا[4].

لكن يكمن المشكل من الناحية العملية عندما يكون ثمة زواج شرعي غير مكتمل الشروط الشكلية المطلوبة قانونًا، بمعنى وجود عقد زواج عرفي ففي هذه الحالة ينبغي إثبات الزواج أولاً، ثم النظر في قضية حل الرابطة الزوجية، فحسب المادة **(22)** من قانون الأسرة تنص: " **يثبت الزواج بمستتخرج من**

[1] - الآية 21، سورة الروم .

[2] - زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 101.

[3] - الإمام مالك بن أنس،مرجع سابق، ص 215 .

[4]- ورد في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي :" **لكن حيث انه قد استقر اجتهاد غرفة شؤون ... ، فيما يخص وجوب إجراء محاولة الصلح، وقد ثبت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده حضر جلستي الصلح و تمسك بفك الرابطة الزوجية القائمة بينه و بين الطاعنة، قبل البناء، لا استحالة إتمام مراسيم الزواج ...، وعليه فان هذا الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه" أنظر**:. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0902780، مؤرخ في 2014/05/15، **غير منشور**.

سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي". و الثابت في الإجتهاد القضائي أنه يمكن في هذا النوع من الزواج (الزواج العرفي) إثباته وتثبيته وفي نفس الوقت الحكم بالطلاق، فجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ **1995/10/24** ما يلي:" **... إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق بإعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي"** [1].

فمادام أنه يمكن الفصل في مسألة الطلاق في آن واحد مع الحكم بتثبيت الزواج العرفي، فمن باب أولى أن يحكم القاضي في نفس الحكم المثبت للزواج وقبل الفصل في مسألة الطلاق أن يجري الصلح بين الزوجين لاسيما إذا كان الطلاق رجعياً.

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح

لم يبين المشرع في قانون الأسرة إجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القاضي، فلم يضع طريقة أو كيفية معينة في ذلك[2]، إلا أن المشرع تدارك ذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث جاء بإجراءات وشروط خاصة متعلقة بانعقاد إجراءات الصلح (**أولاً**) ثم شروط شكلية متعلقة بسير إجراءات الصلح (**ثانياً**).

أولاً -الشروط الشكلية المتعلقة بانعقاد إجراءات الصلح :

تتمثل الشروط الشكلية في كل من ضرورة تحديد الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح(**أ**) وكذا كيفية تبليغ طرفي الصلح(**ب**)، بالإضافة إلى تحديد مدة الصلح(**ج**)، مع ضرورة تحديد بدء سريان هذه المدة(**د**)، وضرورة استدعاء الأطراف(**هـ**).

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم34980 مؤرخ في،1997/04/10، **نشرة القضاة**، عدد53 1998، ص 56.

[2]- سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 26 .

أ-الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح :

يجب إجراء الصلح في مقر المحكمة(**1**)، لكن السؤال الذي يطرح ما مدى إمكانية اختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح(**2**).

1 - وجوبية إجراء محاولات الصلح أمام المحكمة:

تتمثل الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى القضائية الرامية لفك الرابطة الزوجية في محكمة أول درجة، وهو ما توضحه المادة (**32**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" **المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام.تفصل في جميع القضايا، لاسيما قضايا شؤون الأسرة...**"، وهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية و توابعها، حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة، وذالك حسب المادة (**423**) من نفس القانون، وحسب المادة (**49**) من قانون الأسرة التي تنص:" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح.إبتداء من تاريخ رفع الدعوى...**"، فالمشرع يتكلم عن إجراء الصلح في بداية نظر النزاع عند عرضه على مستوى المحكمة أما المادة (**49**) تنص على أنه لا يثبت الإطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح، وفقد جاء في قرار عن للمحكمة العليا الصادر بتاريخ **2006/11/15** والذي أقر المبدأ الأتي: "**محاولة الصلح في دعاوى الطلاق، تتم وجوبا أمام المحكمة فقط**"[1]، نجد في هذا القرار أن إجراء الصلح يتم وجوباً أمام المحكمة، فإذا كان الأمر كذلك فإن سؤالاً هاماً يطرح نفسه بإلحاح بخصوص ما إذا كان إجراء الصلح يقتصر على قضاة أولى درجة فقط ؟، أم يمتد الاختصاص إلى قضاة المجلس القضائي؟.

2- مدى اختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح :

قد يحدث وان يحكم قاضي أول درجة برفض دعوى طالب فك الرابطة الزوجية، لسبب قواعد الاختصاص أو لسبب آخر، و بالرجوع إلى نص المادة (**57**) من قانون الأسرة[2]، وبمفهوم المخالفة لهذا النص، يجوز الاستئناف مادام لم يفصل الحكم في الشق المتعلق بالرابطة الزوجية ناهيك عن الشق

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 372130، مؤرخ في 2006/11/15، **المجلة القضائية**، عدد 02 2007، ص 463 الى 467.

[2]- تنص المادة (**57**)على ما يلي: "**تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ...**".

المادي الذي لم يتعرض له أصلاً، حيث يمكن لرافض الدعوى أن يعيد رفعها من جديد[1] أو له أن يستأنف، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ **1999/02/16** و الذي جاء في حيثياته " **أنه من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي، لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق...** "[2].

لا يعد الحكم الصادر بالرفض حكما في فك الرابطة الزوجية، فالقاضي لم يناقش الموضوع أصلاً . وبالتالي عند اختيار المدعي طريق الاستئناف هل يجوز لغرفة شؤون الأسرة على مستوى المجلس إجراء الصلح، باعتبار أنها سوف تدرس القضية من البداية من حيث الوقائع و القانون؟، وأمام إلتزام المشرع الصمت في أحكام قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الرأي منقسم بين الفقهاء و القضاء إلى إتجاهيين:

-اتجاه من الفقه ذهب إلى القول أن المادة **(49)** من قانون الأسرة نصت على وجوبية إجراء محاولة الصلح و لم تميز بين المحكمة و المجلس القضائي، و بالتالي يجب على القاضي أن يقوم بها قبل النطق بالطلاق سواء كان على مستوى المحكمة أو على مستوى المجلس، و بعبارة أخرى فمن يحكم بالطلاق في المحكمة أو في المجلس القضائي، يتعين عليه قبل النطق به أن يقوم بمحاولة الإصلاح وبالرغم من كون المادة **(49)** أعلاه تتحدث عن المحكمة، فإن ذلك لا يعني أن المجلس غير معني أو معفي للقيام بمحاولات الإصلاح عندما يكون النطق بالطلاق في الدرجة الثانية، فلا بد أن تسبق النطق بالطلاق محاولة الإصلاح، سواء كان ذلك النطق على مستوى المجلس أو المحكمة و لا استثناء، إلا بقانون [3].

ساير هذا الاتجاه القضاء الذي يذهب إلى ضرورة إجراء الصلح أمام جهة الاستئناف، لا سيما عند صدور حكم يقضي برفض دعوى التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي أو الطلاق بإرادة الزوج على مستوى المحكمة، ويجد هذا القول أساس في قرار صادر غرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي لعين تموشنت من خلال قرار صادر بتاريخ 2015/03/31، والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي :"

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 342470، مؤرخ في 2005/9/14، **المجلة القضائية**،العدد 02 2005، ص 409 إلى 411.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216850، مؤرخ في1999/02/16، **المجلة القضائية**، عدد خاص، 2001، ص 100.

[3]- بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص 189

....وحيث أن هيئة المجلس سعت إلى إصلاح ذات البين بين الطرفين بتاريخ 2015/03/24، لكن بدون جدوى إذ أن المستأنفة تمسكت بطلب التطليق للضرر الذي أصابها من ادانة المستأنف عليه بجنحتي محاولة السرقة و انتهاك حرمة منزل و السكر العلني، ومعاقبة بثلاث سنوات حبس نافذة . وثابت من خلال محضر الصلح في هذا الصدد أن زوجها معتاد الإجرام و بقيت معه فترة وجيزة فقط كونه دائماً في المؤسسة العقابية وتمسكت بالتطليق.."[1] .

-اتجاه آخر من الفقه يرى بأنه لا ضرورة لإجراء الصلح من جديد أمام جهة الاستئناف بعد فشل محاولة الصلح أمام المحكمة، وخاصة وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا ينص على إجراء محاولة الصلح في شؤون الأسرة في جميع مراحل الدعوى، وفي هذا المجال انتقد أحد فقهاء القانون المغربي مدونة الأسرة المغربية بحيث يعتقد أن هذا لا يتفق مع ما ورد في نص المادة **(82)**من المدونة الأسرة المغربية و التي تقابل عندنا المادة **(49)** من قانون الأسرة ، على أساس أن الصلح بصفة عامة و في شؤون الأسرة يكون قبل المرافعات وتفادياً من تزايد تعقيد علاقات الزوجين، أما إذا فشل في البداية وواصل الطرفان إجراءات التقاضي إلى أن يصدر حكم قضائي فلا يبقى فائدة في إجراء الصلح من جديد أمام جهات الاستئناف.[2]

وساير أيضاً هذا الاتجاه القضاء في قرار صادر بتاريخ **1998/11/17** الذي قضى بما يلي:"... **حيث أن القرار المنتقد قد نص على أن الطاعن قد تخلف عن الحضور خصوصًا وأن إجراءات الصلح المنصوص عليها بالمادة المشار إليها تخص المحاكم دون المجالس وعليه فالفرع غير مؤسس..."**.[3] .

نجد قرار آخر صادر بتاريخ **1999/03/16** جاء بما يلي:" **حيث أن المادة 57 من قانون الأسرة تنص فقط على أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية، وهذا يعني أنه لا يجوز قضاة المجالس مناقشة الحكم بالطلاق وليس كما يقصده الطاعن عدم اختصاصهم في الفصل بالطلاق، لأنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب الحكم بالطلاق على مستوى المحكمة أو على مستوى المجلس لما المحكمة تقضي بالرجوع إلى البيت الزوجي أو ترفض دعوى الطلاق وهذين الحكمين قابلين للاستئناف، لأنهما لا**

---

[1]- مجلس قضاء عين تموشنت قرار، قرار رقم 00264،/15، صادر بتاريخ31 /2015/03، قرار **غير منشور**.و أنظر محضر عدم الصلح الملحق رقم (2).

[2]- الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة العارف الجديدة ، المغرب، 1994، ص405.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 210451، مؤرخ في 11/17/ 1998، **مجلة القضائية**، 1997 عدد 01،126 ,

يعتبران حكمان بالطلاق، مما يجعل الوجه غير مؤسس.حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا تنطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح المذكور بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس."

يلاحظ بأن المحكمة العليا ذهبت إلى كون أن جهة الاستئناف ليست ملزمة بالقيام بمحاولة الصلح قبل النطق بالطلاق وأن المادة (**49**)من قانون الأسرة ليست ملزمة لقضاة المجلس القضائي[1]، هذا الرأي مقرر أيضا في القضاء المصري فقد قضت محكمة النقض المصرية أنه وإن كانت المادة (**6**) من القانون رقم **25** لسنة **1929** توجب على المحكمة محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالتطليق، إلا أنها لا تستلزم بهذه المحاولة في كل مرحلة من مراحل الدعوى مما لا يكون معه ثمة موجب على المحكمة الاستئناف أن تعيد طرح الصلح من جديد ".[2]

بين هاذين الاتجاهين هناك اتجاه آخر[3]، يرى أن الصلح بين الزوجين من مهام القاضي في كل آن وكلما كان ذلك ممكنا أو كلما استجد ما يبرره، بدليل قد يأتي الزوجين في أي مرحلة من مراحل الدعوى و يطلبان التنازل عن الدعوى لوقوع صلح بينهما، الأمر الذي سيحقق نتيجة ايجابية سواء كان ذلك أمام المحكمة و أمام المجلس القضائي،غير أن هذا الاتجاه لا يجعل من محاولة الصلح أمام جهة الاستئناف أمرًا إلزاميا.

يبدو أن الاتجاه الثالث هو الأقرب إلى الصواب بعدم وجود أي نص سواء في قانون الأسرة، ولا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كونهما تضمانا نصوصاً عامة فلا نجد ما يلزم أو يمنع بإعادة محاولات الصلح أمام جهة الاستئناف، كما أنه لا فائدة من اجترار هذه المحاولة ما لم يكن قد استجد أمر تجد معه ضرورة تكرار المحاولةتبعاً للسلطة التقديرية لجهة الاستئناف.

في اعتقادي أن جهة الاستئناف تكون ملزمة بإجراء محاولة الصلح، ولو أدبيا متى قضى برفض دعوى طالب فك الرابطة الزوجية على مستوى الدرجة الأولى، و لم يتم اخيار طريق رفع دعوى قضائية من جديد، مبدئياً تسبيب المحكمة العليا لقراراتها عندما انتهت إلى عدم اختصاص قضاة المجلس لإجراء

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 372130، مؤرخ في 2006/11/15، **المجلة القضائية**، عدد 02 2007، ص 463 إلى 467.

[2]- الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي-دراسة تأصيلية و تحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم كلية الحقوق، جامعة المنوفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2001 ص 251 .

[3]- إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 20و21.

الصلح على أساس أن المادة(**49**) من قانون الأسرة تخاطب قضاة الدرجة الأولى من تسبيب قاصر، فالاكتفاء بالقول بأن النص يخاطب قضاة الدرجة الأولى فقط قول لا يستقيم، حتى قضاة المجلس قضاة موضوع و عند نظرهم في القضية ينظرون فيها من حيث الواقع والقانون.

ومنه يبقى لقضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي إجراء الصلح باعتبار القضية مطروحة عليهم لكون قاضي الدرجة الأولى لم يفصل في فك الرابطة الزوجية وأن الاستئناف يهدف إلى دراسة القضية من جديد من حيث الواقع و القانون[1] و لا يوجد مانع على مستوى المجلس من إجراء الصلح الذي يقوم به المستشار المقرر، غير أن رأي المحكمة العليا الذي لا يوجد له اجتهاد قضائي مستقر حول هذه النقطة مبني على تسبيب واضح و موضوعي ، بل مجرد حيثيات و رد ذكرها في بعض القرارات السلف ذكرها ،ربما قد نجد تبرير للمحكمة العليا في تسبيبها أن المادة 49 تخاطب قاضي أول درجة ولا تخاطب قضاة المجالس، ذلك أنها تريد غلق باب الطعن بالنقض حتى في قرارات المجلس القضائي في حالة عدم إجراء الصلح، بأن اعتمدت على الصلح أمام المحكمة فقط، غير أن هناك من يحاول تفسير اجتهاد المحكمة العليا السابق بخصوص عدم إمكان عقد الصلح أمام المجلس القضائي ، لأنه غير مختص في ذلك ، فلا يمكنه إصدار حكم بالطلاق بصفة نهائية باعتبار هذه الأحكام تصدر مباشرة من محكمة أول درجة [2].

فالأصل أن قضاة الموضوع بصفة عامة، يقومون بإجراء الصلح لكن المحكمة العليا لسد بعض الثغرات، و عدم فتح باب الطعن حتى ضد قرارات المجالس القضائية تفضل القول بأن المحكمة هي من تجري الصلح و ليس جهة أخرى، فالمجلس إذا أجرى الصلح ذلك أمر مستحسن ومرغوب فيه، لكن إذا لم يُجرِ الصلح فيكتفى بالصلح المجرى أمام المحكمة، وإلا فإنه سوف يفتح مجال لنقض قرارات المجلس القضائي، إذا لم يجري هذا الأخير صلح و يصبح هناك نقض أحكام قضاة المحكمة وكذا نقض قرارات المجالس القضائية، ولذلك المحكمة العليا تخلق اجتهادات لتفادي ذلك الوضع[3].

---

[1]- تنص المادة(**339**)من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: " **تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع و القانون** ".

[2]- عبد النور زيدان، مرجع سابق، ص 108.

[3]- الصديق تواتي، مرجع سابق.

ب- ميعاد والمدة المحددة لاجراء الصلح

نصت المادتين **(49)** من قانون الأسرة، و**(442)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاث **(03)** أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق. لكن السؤال الذي يطرح هل المدة التي حددها المشرع بثلاثة أشهر والتي تسري من تاريخ رفع الدعوى هي مدة كافية لإمكان الصلح أو إجرائه أصلاً ؟، وهل تقدير هذه المدة مرتبط بأمر ما آخر أراد المشرع أخذه في الحسبان ؟، كانت المادة **(49)**من قانون الأسرة قبل التعديل، تنص على أنه تكون جلسة الصلح خلال فترة لا تزيد عن ثلاثة **(03)**أشهر[1]، وكانت هذه النقطة محل خلاف عند الدارسين انتهى إلى اتفاق بالتزام ما جاء في الشريعة الإسلامية، لأنه لأعدل والأكثر إنصافا .

فرأى فريق من الباحثين أن فترة الصلح يجب أن تكون لا تقل عن 06 شهور كما هو الحال عليه في فرنسا وكما جاءت به أحكام الطلاق في القانون المدني الفرنسي المتمم و المعدل طالما أن الدين الإسلامي أشد حرصا على حفظ الأسرة من فك ارتباطها فليس من المنطقي أن يكون الفرنسيين أكثر حرصا من المسلمين في إعطاء فترة الصلح حقها فتعين تمديد فترة الصلح إلى ما لا يقل عن 6 أشهرهذا و يرى جانب آخر أن هذه المدة (مدة الثلاثة أشهر) لا تتناسب مع شعار السرعة في الإنجاز الذي تبنته وزارة العدل بدعوى أن قضايا الأحوال الشخصية ومنها الطلاق تعتبر من تلك التي تتطلب السرعة وتتصف أحيانا بالاستعجال، فكان من الأفضل جعل إجراءات محاولة الصلح لا تتجاوز مدة شهر واحد من تاريخ تسجيل الدعوى بكتابة ضبط المحكمة [2] .

رأى فريق آخر و هو الاتجاه الصحيح بأن تكرار الصلح لا بأس به، لكن لا يجب أن تتجاوز فترة الصلح الثلاثة أشهر للزوجة غير الحامل، حيث إن كانت حامل فعدتها وضع حملها، مع مراعاة أحكام المادة **(43)** المعدلة من قانون الأسرة.

نجد المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/05 الذي عدل المادة**(49)** من قانون الأسرة ، بمقتضى أحكام المادة **(12)** منه أصبحت تنص على ما يلي :" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى** ... "، بحيث أصبح

---

[1]- نصت المادة **49** من قانون الأسرة قبل تعديلها على ما يلي:" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر** " .

[2] - سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 27 .

النص الحالي يحدد متى يشرع القاضي في إجراء الصلح [1]، وإن كان المشرع حدد سريان هذه المدة من تاريخ رفع الدعوى، وهي مدة من الجانب القانوني الوضعي مقبولة غير أنها من الجانب الشرعي باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر أول و أساسي لقانون الأسرة غير مقبولة شرعًا، لأنها من قبيل الخطأ المادي في الصياغة، حيث يقصد المشرع من خلالها مراعاة العدة و ذلك عندما يكون تاريخ إيقاع الطلاق موافق لتاريخ رفع دعوى الطلاق، حتى تتوافق مدة إجراء الصلح مع مدة العدة، وهو الرأي الذي يشاطره جانب من الفقه بخصوص ارتباط مدة الثلاثة أشهر مع أمر آخر قد يكون المشرع أخذه في الحسبان الذي يرتبط بفترة العدة الشرعية.

أكد على هذا الموقف قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة **(442)** التي تنص :"**.. في جميع الحالات، يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق**".

ولذلك فإنه يمكن القول أن المدة التي حددها المشرع لمحاولة الصلح ليست بالمدة الطويلة التي يطول معها أمد التقاضي، وليست بالمدة القصيرة التي تضيع معها فرص الصلح، خصوصًا إذا علمنا أن بدأ سريانها من تاريخ تسجيل الدعوى بكتابة ضبط المحكمة، وبالنظر لما هو جار به العمل من الناحية العملية أن عرض الموضوع على القاضي بجدولة القضية يكون بعد عشرون يوماً على الأقل، وشهر على الأكثر من ذلك، فإن لم يقم القاضي بمحاولة الصلح في هذه الفترة، فإن ما تبقى من المدة يكون معقولاً جدا لإمكانية عقد جلسة بل جلسات للصلح، فيمكن معه استغراق مدة الثلاثة أشهر في عدة محاولات للصلح[2].

فيجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين عند عدم نجاح المحاولة الأولى إلا أن تنجح أو تستغرق مدة الثلاثة أشهر[3]، ولا مانع من أن يمارس القاضي إجراءات محاولة الصلح بعد تسجيل الدعوى مباشرة بكتابة ضبط المحكمة [4].

---

[1] - الجديد الذي جاء به المشروع هو تحديد مدة ثلاثة أشهر التي يبدأ حسابها من تاريخ رفع الدعوى على خلاف النص القديم الذي لم يحددها.

[2] - عبد النور زيدان، مرجع سابق، ص 108.

[3] - المرجع نفسه، ص 109.

[4] - سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص27.

ج-بدء سريان فترة الصلح:

تساءل بعض من الفقه عن بداية ثلاثة الأشهر المتعلقة بالصلح و المنصوص عليها في المادة **(49)** من قانون الأسرة، فيما إذا كانت تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق؟، أو من تاريخ طرح النزاع على المحكمة ؟.

و للإجابة على هذا السؤال حاول الأستاذ **بلحاج العربي** الإجابة بقوله: إن ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة، إلا أن الأستاذ **لحسين بن الشيخ آث ملويا** يرى:أن الموقف الذي جاء به **بلحاج العربي** تم نقله عن الأستاذ **فضيل سعد** دون أي تعليل له واعتبر سريان مدة ثلاثة أشهر الخاصة بالصلح من تاريخ نطق الزوج أمر غير مستساغ، ويعتبر مسلساَ صارخاً لنص المادة **(49)** من قانون الأسرة، وخلص إلى أن الأمر في غاية الوضوح ولا يحتاج إلى تفسير.

حيث أن مدة الصلح يجب أن تكون ثلاثة أشهر، وأن المكلف بإجراء محاولة الصلح هو القاضي نفسه، إلا أنه تساءل بقوله متى يستطيع القاضي مباشرة عملية الصلح ؟، وأجاب بأن الأمر ليس بالصعب فقبل رفع الدعوى لا يستطيع القاضي القيام بالصلح لعدم علمه بالقضية، و لا أثناء رفع الدعوى بل أن القاضي يتمكن من ممارسة عمله في محاولة الصلح في أول جلسة يحضرها طرفي النزاع أمامه حيث حينها يستطيع الاجتماع بالزوجين في مكتبه ويباشر عملية الصلح، وانتهى إلى أن مدة ثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى التي يحضرها الطرفان أمام القاضي[1]، في حين فسر الأستاذ **فضيل مبينا** زمن سريان مدة الصلح وأثر جلسة الصلح على العدة، وذلك بأن المشرع قيد القاضي بفترة ثلاثة أشهر لإجراء الصلح بموجب نص المادة **(49)**المذكورة أعلاه ثم تلاها بالمادة **(50)** من نفس القانون.

غير أنه يلاحظ غموض بشأن المدة التي حددها المشرع في المادة **(49)**،و ورتب عليها أثاًرا في المادة **(50)** في ما يخص بداية الأشهر الثلاثة ونهايتها،وأثر ذلك على العدة فإذا أخذنا بتاريخ طرح النزاع على المحكمة فقد يكون الزوج قد طلق زوجته بأكثر من شهر أو شهرين سابقين على تاريخ طرح النزاع، فهل تحسب العدة من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أم من يوم صدور الحكم، الأمر الذي يقتضي التفريق بين أمرين فيما يخص جلسة الصلح وعلاقتها بالعدة، فإما أن الزوج ينطق بالطلاق ثم يتقدم هو أو زوجته لإثباته بواسطة الحكم، ففي هذه الحالة يجب أن يتم التأكد من تاريخ حصول الطلاق والبحث

[1]- بن الشيخ اث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 260و 259

في مسألة العدة وإن كانت الرجعة ممكنة أم لا، فإن بانت الزوجة من زوجها فلا رجعة، حيث لا تكون جلسة الصلح ذات فائدة.

حيث يجب في هذه الحالة فقط إثبات الطلاق بحكم لتصبح الرجعة بعد ذلك بعقد جديد، أما إن اتضح للقاضي أن مدة العدة لم تنته وأن الرجعة ما تزال قائمة، أمكن تحديد جلسة للصلح للتأكد من رغبة الطرفين في التصالح وإلا يحكم القاضي بفك الرابطة الزوجي[1]، وأما الأستاذ **لمطاعي نور الدين** ذهب إلى القول :"إذ حسب ما يتوخاه المشرع عملاً بالقاعدة العامة التي تتضمنها المادة **(49)** من قانون الأسرة أنه لا يعقل أن يجري قاضي شؤون الأسرة الصلح، والذي يهدف من وراءه إقناع الزوج بضرورة استعمال حق الرجعة، إلا إذا تم ذلك خلال عدة الطلاق الرجعي، وهذا لا يتأتى إلا إذا تم خلال مدة المحددة للصلح، لذا منع المشرع القاضي صراحة بموجب المادة **(49)** من إجراء الصلح بعد انتهاء المدة المقررة و يتضح ذلك من خلال عبارة "دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "، أي بمفهوم المخالفة والذي هو طريق من طرق التفسير،أنه اذ انقضت المدة القانونية للصلح، فإنه يجب على القاضي أن لا يجريه بين الطرفين[2].

غير أنه إذ تجاوز القاضي المدة المقررة له، أي تتجاوز ثلاثة أشهر ماذا يترتب عنها؟، لا يوجد إشكال ماعدا في حالة طلاق الزوج فهي تعد مدة تنظيمية، و لا يترتب عن إنقاصها أو الزيادة فيها أية مخالفة للقانون وفي هذا الشأن صدر قرار عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا بتاريخ 2014/07/10، والذي يقضي بما يلي:"**لكن حيث إن المدة المحددة لإجراء محاولة الصلح، هي مدة تنظيمية، و لا يترتب عن إنقاصها أو الزيادة فيها، أية مخالفة للقانون، وبالتالي لا يترتب عليها أي بطلان وعليه فإن هذا الفرع غير مؤسس و يتعين رفضه.**"[3]، هذا الرأي يصح في حالة جميع الصور بما فيها طلب الطلاق بالإرادة المنفردة ما لم يقع الطلاق بعد أي ماعدا حالة إثبات الطلاق لأنه قد تكون العدة فاتت

هـ -استدعاء الأطراف :

نص المشرع من خلال نص المادة**(440)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح دون التطرق إلى كيفية استدعاء الزوجين، وكان عليه أن يتدارك هذه النقطة، بأن يضيف نص يخص مسألة تبليغ الزوج بجلسة الصلح دون الاكتفاء بتبليغ العريضة، وإن دأب

---

[1] - فضيل سعد، مرجع سابق، ص 326و 325

[2] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 103.

[3] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0982921، مؤرخ في 2014/07/10، **غير منشور**.

العمل القضائي على تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح في جلسة التي يحضر فيها الطرفين بعد التكليف بالحضور سواء بإعلامهما شخصيا أو بإعلام موكيلهما حسب الأمر الذي تسير عليه إجراءات الاستدعاء الذي يكون بشكل شفهي من طرف القاضي في جلسة المحاكة،لأن تبليغ العريضة يكون عن طريق التبليغ الرسمي وهو نفسه التبليغ الذي يعتمد عليه القاضي للتأكد من أن الزوجة أو الزوج أي المدعي عليه بلغ بأول جلسة، والتي يفترض أنها أول تاريخ لعقد جلسات الصلح.

وبالتالي القاضي الذي لا يحدد جلسة للصلح ولا يدعوا الأطراف لحضورها يكون قد خالف الإجراءات، فالقاضي ملزم بالقانون وواجب عليه قانوناً القيام بالإجراءات التمهيدية للصلح، و لا تدخل القضية إلى المداولة بدون دعوة الأطراف أو تحديد جلسة الصلح، فمحاولة الصلح هي جميع الإجراءات التمهيدية و هذه الإجراءات تبدأ من يوم تحديد القاضي تاريخ الجلسة و استدعائه للأطراف.

قررت المحكمة العليا أنه في حالة عدم استدعاء القاضي الأطراف لجلسة الصلح، يكون قد خالف القانون[1]، بل و أكثر من ذلك على القاضي أن يدعو الأطراف و يشير في ظهر الملف أنه أمر و سعى إلى دعوة الأطراف إلى عقد جلسة الصلح، ومنحهم فرص متكافئة مع منحهم آجال أخرى، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث بتاريخ **2014/09/11** والذي جاء في مضمونه ما يلي **:" القضية كانت مجدولة لجلسة 2013/06/24، لجواب المدعى عليها الطاعنة ليتم تأجيلها ثانية لجلسة 2013/7/8، لنفس الغرض وإجراء محاولة الصلح وتكون المدعى عليها الطاعنة قد مكنت بذلك من حضور جلسة الصلح والرد على عريضة افتتاح الدعوى خلافاً لما ورد في الوجه إلا أنها تغيبت عن الحضور فيما حضر المدعي لتتولى المحكمة بعدها إجراء محاولة الصلح والنظر في القضية والفصل فيها في نفس الجلسة وهو إجراء سليم لأن المحكمة تملك السلطة التقديرية في منح أجال أخرى أو الفصل في القضية في الحال وفقا لنص المادة 271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طالما وأن طرفي الخصومة استفادا من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم مثلما توجب المادة 2/3 من نفس القانون وأن الطاعنة هي التي تقاعست عن حضور جلسة الصلح مما يجعل الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن "[2].**

لكن إذا تم استدعاء الزوجة عن طريق المحضر القضائي ورفضت استلام التكليف بالحضور لجلسة الصلح لا يؤثر على الحكم القضائي، وهو ما يؤكد الاجتهاد القضائي:" **لكن و مادامت الزوجة(**

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 393121، مؤرخ في 2007/05/09، **غير منشور** .

[2] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 393121، مؤرخ في 2014/09/11، **غير منشور** .

الطاعنة) رفضت استلام التكليف بالحضور من المحضر القضائي ورفضها حضور جلسة الصلح، فذلك لا يمنع القاضي في النطق بالطلاق طالما الزوج كان مطرًعليه و العصمة الزوجية بيده... ".[1]

ثانياً- الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح :

تتمثل الشروط الشكلية في ضرورة التأكد من هوية الطرفين(**أ**) بالإضافة إلى ضرورة سماع كلا الزوجين(**ب**)كما يلزم أن تعقد جلسة الصلح سرية(**ج**) بالإضافة إلى ضرورة قيام القاضي بعدة محاولات لصلح(**د**)، بعد حضور الأطراف لجلسة محاولة الصلح(**هـ**)، مع ضرورة تبيان مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين(**و**) و إمكانية إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح(**ي**).

أ- **ضرورة التأكد من هوية الطرفين:**

إن المعمول به في ساحة القضاء في الجلسة العلنية بعدما ينطق القاضي بالقضايا المفصول فيها والتي كانت محل النظر، ينادي على القضايا المجدولة سواء القديمة أو الجديدة في ما يتعلق بقضايا فك الرابطة الزوجية، ينادي على رقم القضية وكذا أطرافها ثم يدعوا الأطراف إلى إجراء محاولة صلح بعد رفع الجلسة العلنية، وذلك باستدعائهما إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط لحضور جلسة الصلح.

يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات، أو أي مكان آخر داخل المحكمة مخصص لإجراء محاولة الصلح، و تجدر الإشارة إلى التأكيد على ضرورة التأكد من هوية الزوجين، من طرف القاضي و إن كان القانون لم ينص على ذلك فإنه من الأهمية بمكان، فلابد أن يتأكد من توافر الصفة لديهم[2]، لأنه في عدم التأكد من هوية أحد الزوجين قد يدفع بأحد الزوجين إلى إحضار شخص غير زوجه،وكثيًرا ما وردت على القاضي مسألة عدم إمتلاك أحد الزوجين لبطاقة تعريف وطنية أو أي وثيقة تفيد الهوية مرفقة بالصورة الشخصية للمعني، ليجد القاضي نفسه بين الشك القائم حول حقيقة هوية الزوج أو تحويل النزاع إلى مسألة إثبات هوية الشخص، حيث يستلزم على القاضي أثناء إجراء الصلح أن يتوخى الحذر و لو تطلب ذلك تأجيل الفصل في القضية حتى يقوم الشخص باستخراج بطاقة هويته أو تقديم ما يفيد حقيقة هويته[3].

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 376803 ، مؤرخ في 2007/01/17، **غير منشور**

[2]- بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 95.

[3]- بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 443 .

ب -مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسماعهما:

خصّ المشرع في إجراءات الصلح الواردة في قسم شؤون الأسرة بإجراءات متميزة عن الإجراءات المنصوص عليها في الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزعات[1]، حيث نجد المادة **(440)** تنص على أنه: " **في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على إنفراد ثم معا...".**

ولعل الغرض من ذالك هو تفادي الضغط و الإكراه في الطلاق و حرية كشف وقائع من المتعذر الكشف عنها عند المواجهة[2]، وما هو جاري به من الناحية العملية استقبال المدعي أولاً بالمكتب، و بعد تأكد القاضي من هويته يستمع إليه على إنفراد حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه إلى الطلاق، و يقوم من خلال المناقشة التوفيق بين الطرفين بأسلوب لين يتضمن النصح و الوعظ ولعل الاستماع إلى كل زوج على إنفراد بدء من رافع طلب فك الرابطة الزوجية، تمكين كل طرف من القول ما لا يستطيع البوح به في حضور الطرف الآخر، كما قد يتردد في قول حقيقة المشكلة الحاصلة بينهما، ثم يتم سماع الطرف الثاني–(المدعى عليه)، و يستفسر القاضي(معه أو معها) عن السبب الحقيقي الذي جعل الزوج يطلب الطلاق، حيث يتقصى نيتهما و رغبتهما في الطلاق أو تمسكها بالعودة إلى منزل الزوجية.

تدون بعد ذالك كل طلباتها على المحضر و بذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل ليتمكن من القيام بالصلح على خير وجه، بعد فهم حقيقة المشكل القائم الذي رتب الرغبة في فك الرابطة الزوجية، ثم ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولاً أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما. [3].

لا ينبغي السير في الدعوى - وكما هو جار في بعض المحاكم – من تبادل المذكرات بين الأطراف ثم عقد محاولة للصلح، لأن المنطق يقضي بأن تكون محاولة الصلح هي أولى الإجراءات، على اعتبار أنه إذا تم الصلح بين الزوجين فلا حاجة في السير في الدعوى، وانتظار مذكرات الأطراف وإبراز دفوعهما في الموضوع، فقد يتفادى كل ذلك عند نجاح مساعي الصلح بينهما، وعليه يتعين على القاضي

[1] - حميش حسان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة.2010 ، ص 1.

[2] - المرجع نفسه، ص 4

[3] - بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص 10.

الناظر في قضايا الأحوال الشخصية وفي دعوى الطلاق، أن يعرض الصلح على الزوجين في أول مرحلة من مراحل الدعوى[1].

ثم تأتي مرحلة الدعوى إن لم يأتي الصلح بفائدة، وذالك عن طريق محامي إن كان لهما محامي حيث يحاول كل طرف الدفاع عن موكله[2]، فقد عرف تاريخ قضاء الفرنسي مرحلة كان الصلح فيها أساسياً بل هو الأصل تفاديا للخصومة فلا يجوز للمحضر القضائي أن يبلغ المدعي عليه بعريضة الدعوى إلا بعد أن يأذن له قاضي الصلح بذلك، و قاضي الصلح قبل أن يأذن له لا بد له أن يأمر بحضور الأطراف من أجل أن يصالحهم مع بعضهم[3].

كما أن هيئة الدفاع لم يخولها القانون صلاحية إجراء الصلح بين الطرفين في مكاتبها قبل عرض النزاع على القضاء[4]، فيتعين عليها أن لا تزيد من حدة النزاع بشأن ما يدون في المذكرات الجوابية وكذا عريضة افتتاح الدعوى، الأمر الذي قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى القضاء على بوادر الصلح ويعدمها، حيث قد يكون تجريح بالطرف الآخر الذي يجعل رافضاً لمبدأ الصلح بعدها، ولا سيما عند مواجهة الطرفين في جلسة الصلح يتضح أن لا علاقة لبعض الأمور التي وردت في العريضة الافتتاحية المعدة من قبل الدفاع.

ج- سرية جلسة الصلح :

تنص المادة **(07)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن" **الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة .**"،خلافً ا للقواعد العامة التي تقرر أن الجلسات علنية، فإنه في دعاوى فك الرابطة الزوجية إن جلسة الصلح تتوافق مع التراث الجزائري [5] فجاء بنص المادة **(439)** من نفس القانون وأكد على أن " **محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية** " فالغاية من تشريع المشرع لهذا الاستثناء هو الحفاظ على أسرار الأسرة وحرمتها، حيث لا ينبغي أن يحضرها غير الزوجين و

---

[1]- زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص108.

[2]- دلهوم نجوى، مرجع سابق، ص16 .

[3]- بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 90 .

[4] خرطة احمد، الصلح في الطلاق و التطليق بين جوهرية الإجراء و نبل الغايات، **مجلة الفقه و القانون**، عدد 03 2013، ص 11و 12 .

[5]- حميش حسان، مرجع سابق، ص4

القاضي وكاتبه[1]، حيث وتجرى أمام القاضي، خارج قاعة الجلسات، و بحضور الزوجين شخصيا، دون ممثليهما أو محاميهما [2].

نلمس في هذا الجانب موقف القضاء الجزائري من عدم جواز حضور المحامي جلسة الصلح كون أنها تهم طالب فك الرابطة الزوجية، حيث تواجده في جلسة الصلح ليس له مبرر قانوني، و لهذا لابد من التمييز بين جلسة إجراء الصلح و جلسة مناقشة القضية التي للمحامي الصلاحية في التواجد فيها والدفاع عن موكله، و بمفهوم المخالفة الدفاع غير مخول له في حضور جلسة الصلح [3].

تقتضي السرية أن لا تحضر النيابة العامة إلا أنها في نفس الوقت طرفاً طبقا للمادة(**3 مكرر)** من قانون الأسرة،و في خضم جواز حضور أحد أطراف عائلة الزوجين لمساعدة القاضي على إجراء الصلح غير أن هناك من يرى بأنه لا يوجد ما يمنع حضور النيابة العامة جلسة الصلح طالما أنها طرف أصلي فلا مجال للحديث عن السرية إذا تعلق الأمر بالطلب الأصلي في النزاع [4].

د -عدد محاولات الصلح:

لقد نصت المادة **(49)** من قانون الأسرة قبل تعديلها "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح ...**"، أما بعد التعديل فأصبحت نفس المادة تنص على أنه " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح ...**"، يفهم من نص المادة بعد التعديل أن القاضي ملزم بأن يعقد عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها، على أن عدة محاولات معناها لا أقل من محاولتين أو ثلاث محاولات، من أجل إستغراق مدة الثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الدعوى حتى يتسنى له مباشرة إجراءات الدعوى، فالمفروض أن القاضي لا يقل عن الأجل المنصوص و لا يزيد عليه.

جاء في عرض أسباب المادة **(49**)من قانون الأسرة المعدلة أنه قصد إعطاء الزوجين فرصة للتراجع عن موقفهما و تجاوز الخلافات القائمة بينهم، بحيث كان تنص نفس المادة قبل التعديل على الصلح المفرد أي محاولة واحدة، فالهدف المتوخى من وراء هذا التعديل هو تكرار محاولة الصلح للحفاظ

[1]- بوضياف عادل، مرجع سابق، ص444.

[2] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق. ص 116

[3] - خرطة أحمد، مرجع سابق، ص 12 .

[4] - بوضياف عادل، المرجع نفسه، ص445 .

على الأسرة وجديد المادة **(49)** هو جعل جلسة الصلح مكررة لا واحدة كما كانت من قبل التعديل[1]، فقد تميز التعديل بوجوب تكرار محاولة الصلح وذلك رغبة من المشرع في إعطاء مزيد من الوقت سواء بالنسبة للقاضي لمزيد بذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين، أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يراجع كل طرف مواقفه و يعدل عن تمسكه بمبدأ بفك الرابطة الزوجية[2].

لكن قد يرد على مبدأ وجوبية تكرار محاولات الصلح استثناء في حالة الطلاق بالتراضي، حيث نص المشرع على أن يحاول الصلح اذا كان ممكنا، بمعنى خول المشرع للقاضي شؤون الأسرة اختصار الإجراءات في حالات الطلاق بالتراضي ما لم يؤثر ذلك على مصلحة الأبناء، ذلك أن تمسك الزوجين بالطلاق بالتراضي واتفاقهما على ذلك يجعل من تكرار محاولة الصلح فاقدة لجدواها.[3]

في حين ذهب البعض من الفقه إلى اعتبار:" التعديل التشريعي بخصوص ضرورة إجراء عدة محاولات صلح لا فائدة منه واقعيا،لا نعرف كيف يمكن للقاضي الجزائري القيام وفقا للنص الجديد على الأقل بثلاث محاولات صلح، وينبغي عليه أن يبذل مزيد من الجهد للتوصل إلى الصلح بين الطرفين وكثيرا ما يجد نفسه و لاسيما في هذا المجال تحت ضغط متواصل من الملفات، ذلك سيبعقه عن بذل الجهد الحقيقي و تخصيص الوقت المتطلب لإجراء محاولات صلح بالكيفية التي جاء النص القانوني ويبرهن الواقع المعاش بأن هذه المحاولات أصبحت عبارة عن إجراء بلا نتيجة، خاصة إذا علمنا أن المتخاصمين من الزوجين لا يلجأ إلى القضاء إلا بعد أن تبوء كل محاولات الصلح التي قام بها أقارب الزوجين، فلا فائدة من التعديل الذي أدخله المشرع على نص المادة **(49)** من قانون الأسرة، فلا جدوى منها بل ستضحى منبعا للزيادة في الخصام و لشدة كراهية الطرف الأخر باستحكام الخصام..."[4].

في حقيقة الأمر محاولات الصلح ليست مجرد إجراء شكلي، بل هي طريقة لانهاء الخلافات واستئناف المعاشرة بين الزوجين، إلا أن الملاحظ على المستوى التطبيقي وجود عدد ضعيف للنزاعات التي تم فصلها بالصلح بين الطرفين، ويعود ذلك إلى عدة أسباب أهمها كثرة الملفات المعروضة أمام

---

[1]- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دون طبعة، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، دون سنة النشر ص 114 و115 .

[2] - دياب حسن عز الدين، مرجع سابق، ص 214.

[3]- المرجع نفسه، ص 214.

[4]- تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص 131و 132، **انظر أيضا**: - بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 154 إلى 159.

قاضي الأسرة، الأمر الذي يجعله لا يبذل الجهد الكافي في محاولة الصلح[1]، مما أضحى لازما أن يتدخل المشرع و يتبنى نظام قاضي الصلح المستقل عن قاضي شؤون الأسرة الناظر في موضوع الدعوى بحيث يعرض النزاع أولاً على قاضي الصلح المختص، وعند فشل هذا الأخير يحال الزوجان إلى قاضي الموضوع .

فرض المشرع على القاضي إجراء عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها، لكن يجب أن لا تقل عن محاولتين أو ثلاث محاولات، ونجد موقف المحكمة العليا نص على أن عدد محاولات الصلح وتقديرها يخضع لقضاة الموضوع، و لا رقابة للمحكمة العليا على ذلك، حيث نجد من بين قراراتها الصادرة بتاريخ**2012/10/11** جاءت بما يلي :" **لكن حيث أن تقدير عدد جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و لا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا** "[2] ، في قرار أخر نص : "**لكن حيث أن قاضي الدرجة الأولى أشار في الحكم المنتقد و أنه لم يوفق لإصرار الزوج على الطلاق، وهذا يفيد أنه قدر أن لا فائدة من إعادة المحاولة، مما يتعين رفض الوجه المثارلعدم التأسيس...**"[3]، وجاء في قرارآخر صادر بتاريخ **2014/07/10**، والذي قضى بما يلي:" **لكن حيث أن العبرة بإجراء محاولة الصلح بإعتباره إجراء جوهري و جوبي وفقًا لنص المادة 49 من قانون الأسرة و المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا بعدد المرات لأن تكرار المحاولة يخضع لتقدير القاضي متى لاحظ وجود رغبة في الصلح عند الزوجين، وفي حالة انعدام الرغبة و إصرار الزوجين أو أحدهما على حل الرابطة الزوجية لا يمنع من الإكتفاء بمرة واحدة ...** "[4].

---

[1] - دياب حسن عز الدين، مرجع سابق ،ص 214.

[2] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، لقرار رقم 813976 ، مؤرخ في2012/10/11، **غير منشور**. ونجد قرار أخر قضى بما يلي:" ...لكن **حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما و بالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاذه و لايعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض...**"، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار رقم620084 14مؤرخ في 2011/04/، مجلة المحكمة العليا، عدد01، 2012، ص ص 299 الى 302.

[3] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0694187، مؤرخ في 2012/09/13،. **غير منشور**

[4] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قراررقم 0801583، مؤرخ في2014/07/10، **غير منشور**، وفي قرار آخر فيه نص على ما يلي:" **أما بخصوص إجراء محاولة صلح واحدة فإن العبرة بقيام المحكمة بالإجراء الجوهري الوجوبي المنصوص عليها في المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا بعدد المرات، لأن تكرار**

يبدو من موقف المحكمة العليا ما يتعارض مع الحكمة من تعديل المادة بتكرار محاولات الصلح واستغراق مدة الثلاثة أشهر وبذل العناية و الجهد اللازمين للتوفيق بين الزوجين، ولخير دليل على ذلك قول سيدنا عمر رضى الله عنه "**ردوا الخصوم حتى يتصالحوا** "..

الأصل إن الصلح يتم من خلال عدة محاولات عدة لكن استثناء ومتى قدر القاضي بأن لا فائدة من تكرار المحاولة فله كامل السلطة التقديرية لتقرير ذلك فالقاضي غير ملزم بتحديد عدد الجلسات التي عقدها، فإذا قدر إجراء جلسة واحدة يكون قد وفى بالإجراء المقرر في المادة **(49)** من قانون الأسرة و لا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة، طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى، لأن تكرار المحاولة يخضع لتقدير القاضي متى لاحظ وجود رغبة في الصلح عند الزوجين.

أما في حالة انعدام الرغبة و إصرار الزوجين أو أحدهما على حل الرابطة الزوجية، لا يمنع من الاكتفاء بمرة واحدة، وبالتالي فطالما أن الحكم تضمن إجراء محاولة صلح وتحقق القاضي من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، فإن الغاية من الإجراء تحققت، حيث ركز المشرع في تعديله على إجراء عدة محاولات صلح من أجل الحفاظ على العيش و الاستقرار الأسري فالغاية من إجرائه و تحقيقه بين أفراد الأسرة للتقليل من الطلاق بصفة عامة، و العمل على جمع شمل الأسرة و حمايتها من الفرقة و الشتات.

هـ -قواعد الحضور والغياب في جلسة محاولة الصلح :

نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الحضور و الغياب الأطراف لجلسة الصلح**(1)**، غير أن القضاء الجزائري قد اتخذ موقفا مغايرًا في مسألة حضور وغياب الأطراف**(2)**

1- قواعد الحضور و الغياب في نظر القانون :

ينبغي تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح سواء عن طريق القاضي في الجلسة عند حضورهما أمامه أو عن طريق المحضر القضائي، و إذا كان المشرع لم يوضح الطرف الذي يسعى إلى تبليغ الخصم المتخلف عن حضور الجلسة، فقد يكون موكل أحد الخصوم ولكن إذا لم يحضر عنه الموكل بعد تكليف الخصم، يقع التبليغ على عاتق المحكمة أن تحدد من يقع عليه تبليغ الخصم الآخر بتاريخ جلسة الصلح، وبعد تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح و تحديد تاريخها بوضوح يكون على الزوجين

المحاولة يخضع لتقدير القاضي..."، المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة و المواريث قرار رقم 0977377، مؤرخ في2014/07/10، **غير منشور** .

الحضور[1]، غير أنه قد لا يحضر أحد الزوجين في التاريخ المحدد لجلسة الصلح، ففي هذه الحالة نجد أن المشرع قد عالج حالات الغياب وميز بين حالة تغيب أحدهما أو كلاهما[2]، فإن كان التغيب للضرورة الملحة لسبب مقنع و مشروع كأن يكون مريض مثلاً، فالقاضي في هذه الحالة يندب قاضي آخر لمساعدته وسماع الخصم المريض و هذا بموجب إنابة قضائية، لأن المشرع نص في المادة **(441)** على أنه:" **إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي...ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية...**".[3]

وفي حالة ما كان سبب التغيب لفترة قصيرة و حيث يستطيع المتغيب حضور الجلسة الثانية فيمكن تأجيل القضية جلسة الصلح إلى تاريخ لا حق، مدام ذلك ممكنا وذلك أفضل من إتباع إجراءات الإنابة القضائية و تنفيذها مما قد تستغرق وقت أطول، وهو ما تقضي به المادة **1/441** " **إذا إستحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لا حق للجلسة..**".

وعليه في كل الأحوال فإذا تغيب أحد الزوجين، أجل القاضي القضية إلى جلسة لاحقة مادامت هناك عدة محاولات[4]، و هذا من أجل منحه فرصة للحضور و تقديم طلباته أو دفوعه أما إذا حصل له مانع فللقاضي إمكانية منحه أجل آخر أو اللجوء إلى الإنابة القضائية التي ستتناولها لاحقا.

وأما إن كان التغيب بدون عذر أي في حالة ثبت تبليغ الخصم شخصيا بتاريخ جلسة الصلح ولكنه لم يحضر و لم يقدم عذرًا عن تخلفه، ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتحرير محضر يثبت فيه تخلف الخصم عن حضور جلسة الصلح بإرادته[5]، بحيث تنص المادة **2/441** "**غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسة المحددة لجلسة الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك...**".

لكن أحيانا يرى القاضي أنه توجد إمكانية للصلح و هذا طبعاً بعد حضور الزوجين تنص المادة **(442)** على ما يلي: " **يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة..في جميع الحالات يجب أن لا يتجاوز محاولة الصلح ثلاث أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق**".

---

[1]- بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 445و 446.

[2]- المرجع نفسه، ص 445و 446 .

3-أنظر نموذج انابة قضائية الملحق رقم (3).

[4]- زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص112.

[5]- بوضياف عادل، المرجع نفسه، ص 446 .

عند الجمع بين نصي المادة (**49**) من قانون الأسرة ،و المادة (**442**)من قانون الأجراءات المدنية والإدارية، يتضح أن المشرع في المادة (**49**) أوجب القيام بعدة محاولات الصلح، فحين نجده في نص المادة (**442**) السالفة الذكر إجراء محاولة الصلح يكون بعد منح الزوجين فترة زمنية للتفكير من أجل إجراء محاولة صلح ثانية في حدود ثلاثة أشهر، وكأن إجراء محاولة الصلح الثانية مبني على رغبة الزوجين في إجراء محاولة الصلح الثانية بعد منحهما مهلة التفكير، و في حالة لم يرغب الطرفين في هذه المهلة يكون القاضي غير ملزم بإجراء محاولة الصلح ثانية، فمحاولة الصلح الثانية جوازية مادام القاضي يرى أن الأمر لا يستحق محاولة صلح ثانية و يمكن منح أجل للزوجين للتفكير[1].

حيث إن تجاوب الزوجين في ذلك، فأظهرا نية للصلح وأصلح القاضي بينهما فبها ونعمة،وفي حالة العكس يعلمهما بتاريخ الجلسة القادمة لإمكان الصلح بينهما علّها تهدأ النفوس الثائرة وهكذا تسير الإجراءات كما في الأولى[2]، وهو ما نظمه المشرع في المادة (**442**)، يمكن للقاضي منح مهلة جديدة للتفكير، فإجراء محاولة الصلح الجديدة تعود للسلطة التقديرية للقاضي نتيجة ما يستشفه من وجود بادرة أمل توحي أن تكرار أن جلسة الصلح سوف تأتي بثمارها .[3]

2- قواعد الحضور و الغياب في نظر القضاء :

بينما في نظر القضاء طرح تساءل مفاده :هل يمكن اعتبار غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح رفضا لها ؟، بعبارة أخرى هل أن عدم حضور أحد الزوجين أو كليهما جلسة الصلح يعتبر بمثابة رفضهما لمبدأ الصلح أصلاً ؟، وكيف يتصرف القاضي حيال ذلك ؟.

بداية تجدر الإشارة إلى أنه بعدما كان يفسر القضاء عدم حضور أحد الزوجين أو كلاهما لجلسة الصلح دليلاً على عدم الرغبة في الصلح، فكان الموقف السابق للمحكمة العليا فيما يخص عدم حضور أحد الزوجين أو كلاهما لجلسة الصلح بدون عذر رفضا للصلح، فعدم حضور وغياب أحد الزوجين أوكليهما لجميع جلسات محاولة الصلح رغم علمه الشخصي بها يعتبر رافضا لها، فيحرر القاضي محضر عدم الصلح ليشرع بعدها في مناقشة الموضوع ، فكان لا يعدو إلا أن يكون الصلح مجرد إجراء على القاضي استيفائه و يكون ثابتا في محضر يثبت قيامه بهذا الإجراء وهذا هو الرأي الذي استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، إذ جاء في أحد قراراتها الصادر بتاريخ **1997/10/23** ما يلي

---

[1]- بوضياف عادل ،المرجع السابق، ص 447 .

[2] - هي إجراءات مستوحاة من الواقع العملي وما تسير من الجهات القضائية في مثل هذه القضايا .

[3] - بوزيد وردة، مرجع سابق، ص57 .

"إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر ."[1]

غير أن الأمر لم يبقى على هذا النحو، وإنما تطور موقف القضاء من مسالة عدم حضور أحد الزوجين الذي تزامن بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في إطار الدور الإيجابي للقاضي من خلال التقصي و البحث عن الحقيقة، و التأكد من رغبة طالب فك الرابطة من مدى إصراره و عزمه على فك الرابطة بحيث منح القاضي سلطات واسعة لاتخاذ ما يراه لازماً من مختلف التدابير التي يراها ضرورية للوصول إلى معرفة الإرادة الحقيقة لرافع دعوى فك الرابطة الزوجية، وكذا رضى الزوجين بمفهوم المادة **(431)**، آخذًا بعين الاعتبار ضرورة حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة الصلح، لأنه في حالة عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجة الذي هو المدعي أو المدعية لمحاولات الصلح ترفض دعواه ويشطب القاضي الدعوى، إلا أن القضاء ميز بين عدم حضور المدعي و المدعى عليه، وكذا حالة عدم حضورهما معا لجلسات محاولات الصلح. فيمكن تقسيم الموقف الحالي للمحكمة العليا فيما يخص عدم حضور أحد الزوجين أو كلاهما لجلسة الصلح إلى ثلاث مواقف:

- الموقف الأول: يتمثل في عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسات محاولات الصلح، حيث في هذه الحالة مهما كان نوع دعوى فك الرابطة الزوجية، فنجد أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة استقر على المبدأ الآتي من خلال قرار صادر بتاريخ **2009/01/14** على انه :" يجب على الزوج الطالب فك

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 174132، مؤرخ في 1997/10/23، **نشرة القضاة**، عدد 55 1999، ص 179ومابعدها، وبالرجوع إلى حيثيات ومضمون هذا القرار نجد:" **لكن حيث أنه لا يستخلص من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد طلب أجل ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح، ولكن كان يمثله محاميه إضافة إلى أن الحكم المطعون فيه يتضمن الإشارة إلى أنه صدر بعد تأجيل القضية عدة مرات ليتمكن طرفيها من إبداء دفعوهما ومن جهة أخرى فالمادة 49 من قانون الأسرة، تنص على أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي يتم دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاث أشهر مما يجعل الوجه غير مؤسس ومرفوض...**"، و هونفس الرأي نجده في قرار صادر بتاريخ 1999/03/16، حيث جاء في حيثياتته ما يلي :" **لكن حيث أن الحكم المطعون فيه القاضي الأول لم يغفل محاولة إجراء الصلح بل إستدعى المدعى عليه وحدد جلسة للقيام بالإجراء المذكور وأجلت القضية وحددت جلسة خاصة لإصلاح ذات البين غير أن المدعي تغيب عمدًا عن جلسة الصلح، وبذلك تكون المحكمة قد قامت بمحاولة إجراء الصلح وغياب المدعى عليه جلسة المصالحة مما يفيد عدم رغبته في الصلح...** "، **أنظر**: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 217179، مؤرخ في 1999/03/16، **مجلة المحكمة العليا**، عدد خاص، 2001، ص 123.

الرابطة الزوجية، حضور جلسة الصلح شخصياً، تحت طائلة رفض دعواه حيث جاءت أسباب القرار كما يلي :"**وحيث يتبين من الإطلاع على الحكم محل الطعن أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح بل أناب عليه محاميه ليمثله أمام محكمة الدرجة الأولى، ليصرح أمامها بأنه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة عملاً بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة، لكن حيث أن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طالب بفك الرابطة الزوجية جلسة الصلح، و إبداء طلباته و في حالة غيابه ترفض دعواه..."[1].**

لقد ورد في هذا الاجتهاد خطأ، فهولا يقصد من خلاله رفض الدعوى أو عدم قبول الدعوى كون أن هذه الأخيرة لا تكون إلا عند عدم توفر شرط من شروط قبول الدعوى، فقد ورد خطأ في هذا القرار والأصح هو إيراد لعبارة" **تحت طائلة الشطب**"، كون القاضي أمر بمسعى للحضور و لم يمتثلوا الى الإجراء الذي أمر به، و بالتالي يشطب القضية إستنادًا إلى نص المادة **(216)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ **2012/04/12:" حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة تنص "لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح.. وحيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن أن المطعون ضده طالب الطلاق تغيب عن جلسة الصلح بينما حضرت الطاعنة و تمسكت بالرجوع إلى بيت الزوجية، وحيث أن حضور طالب الطلاق أو طالب التطليق أو الخلع، جلسة محاولة الصلح وجوبي كما جرى عليه اجتهاد هذه الغرفة، و إلا أصبحت محاولة الصلح مجرد إجراء شكلي وعليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه...،"**[2]وجاء في قرار آخر أيضاً :" **لكن حيث أنه قد استقر اجتهاد غرفة**

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 474956، مؤرخ في 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا 2009، عدد 02، ص 271 وما بعدها .

[2]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 683727، مؤرخ في 2012/04/12،**غير منشور**، لتفصيل أكثر أنظر:

.- قرار رقم 751817، حيث جاءت حيثياته كما يلي:" **لكن حيث أنه يتبن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أشارت إلى أنها أجرت محاولة للصلح بين الطرفين طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة إلا أنها باءت بالفشل...، وخاصة محضر عدم الصلح وإن المحكمة أجرت محاولة صلح يوم 2010/06/22، وحضر المطعون ضده – طالب الطلاق- و تمسك بالطلاق لعدم طاعة الطاعنة له وخروجها من بيت الزوجية بدون الإذن، بينما تغيبت المطعون ضدها كما تغيبت مرة ثانية حسب المحضر المحرر يوم 2010/09/28، وحيث أنه بذلك تكون المحكمة قد احترمت نص المادة 439 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والمادة 49 من قانون الأسرة، لأن العبرة هي بحضور طالب الطلاق لجلسة الصلح وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه، و يرفض الطعن...**"، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 751817، مؤرخ في 2012/06/14،**غير منشور**.

شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا على أن حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمحاولة الصلح كاف لاحترام نص المادة 49 من قانون الأسرة، وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن المطعون ضده – طالب فك الرابطة الزوجية – حضر جلسة محاولة الصلح وتمسك بطلب الطلاق، بينما تغيبت الطاعنة، وعليه فإن هذا الفرع غير مؤسس و يتعين رفضه و يرفض الطعن... ".[1]

-الموقف الثاني: يتمثل في عدم حضور المدعى عليه في دعوى فك الرابطة الزوجية لجلسات محاولات الصلح، في هذه الحالة أيضاً، يستوي الأمر في دعوى طلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين **(53)** و **(54)** من قانون الأسرة، فنجد أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة كان قضائها كالأتي :

" لكن حيث أنه يتبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بإجراء صلح وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة وحددت جلسة لذلك و أن الطاعن تغيب عن الحضور رغم صحة استدعائه مما يجعل الأجراء المنصوص عليه في المادة المذكورة قد تم احترامه و يكون الفرع بذلك غير سديد ..."[2] .

- وفي قرار آخر حيث ورد ضمن حيثياته ما يلي : "حيث أن المادة 49 تنص لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي على أن مدته ثلاث أشهر، وحيث أنه تبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه و محضر عدم الصلح المحرر بتاريخ 2010/09/19، إن المطعون ضدها بصفتها مدعية وطالبة التطليق لم تحضر جلسة الصلح و مع ذلك استجابت المحكمة لدعواها الرامية إلى التطليق، و حيث أن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث قد استقر اجتهادها على وجوب حضور فك الرابطة الزوجية لمحاولة الصلح .وعليه فإن هذا الوجه مؤسس ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني..." ، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 739033 مؤرخ في2013/02/14، **غير منشور.**

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0888403، مؤرخ في 2014/03/13، **غير منشور.** ويضيف قرار أخر صادر بتاريخ 2014/05/15 ما يلي: **"...لكن حيث انه قد استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا على أن حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمحاولة الصلح، كاف لاحترام نص المادة 49 من قانون الأسرة فيما يخص وجوب إجراء محاولة الصلح، وقد ثبت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده حضر جلستي الصلح و تمسك بفك الرابطة الزوجية القائمة بينه و بين الطاعنة، قبل البناء لا استحالة إتمام مراسيم الزواج، وعليه فان هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه...** "،**.أنظر**: المحكمة العليا، غرفة شؤون الآسرة و المواريث، قرار رقم 0902780، مؤرخ في 2014/05/15 **غير منشور.**

[2]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الآسرة و المواريث، قرار رقم 0801583، مؤرخ في 2014/07/10، **غير منشور.**

إذا رفض المدعي عليه استلام التكليف وعدم الحضور لجلسة الصلح لا يمنع القاضي من الفصل في القضية، وقد صدر قرار من المحكمة العليا في هذا المجال بتاريخ **2015/01/15** والذي قضى بما يلي:

" لكن ومادامت الزوجة الطاعنة رفضت استلام التكليف بالحضور من المحضر القضائي، ورفضها حضور جلسة الصلح، فذلك لا يمنع القاضي في النطق بالطلاق طالما الزوج كان مصرًا عليه و العصمة الزوجية بيده، و لا يوجد في الحكم المنتقد ما يخالف المادة 49 من قانون الأسرة، باعتبار أن الزوجة هي التي رفضت الحضور إلى جلسة الصلح مما يتعين رفض الوجه لعدم تأسيسه ".[1]

-الموقف الثالث: يتمثل في عدم حضور المدعى و المدعى عليه لجلسات محاولات الصلح، حيث استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة كذلك عند عدم حضور المدعى و المدعى عليه يتم تحرير محضر عدم الصلح، وهو ما توضحه الحيثيات التالية:

"حيث وطبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة فإنها تقضي أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة صلح بين الطرفين من طرف القاضي، وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا فحرر محضر عدم صلح إثباتا لذلك. وحيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح، فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين ومنه يتعين نقض الحكم بدون إحالة "[2].

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 991442، مؤرخ في 2015/01/15، **غير منشور.**

[2]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 687997، مؤرخ في 2012/06/14، **غير منشور**، وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2013/05/09 ما يلي : **" حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة تنص على أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي يتم دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاث أشهر، وحيث أنه يتبين من الرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أن المحكمة أشارت في أسباب حكمها أنها استدعت الطرفين لعدة جلسات لإصلاح ذات البين، إلا أنهما تغيبا.وحيث أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا، استقر على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمحاولة الإصلاح، و إلا أصبح الوجوب المنصوص عليه في المادة 49 من قانون الأسرة، بدون جدوى وعليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين، حيث أنه لم يتبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، مادام أن المطعون ضده - طالب الطلاق أمام المحكمة – لم يحضر جلسات محاولة الصلح، مما يتعين معه نقض الحكم بدون إحالة..."**، المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0851107، مؤرخ في 2013/05/09، **غير منشور.**

نخلص إلى أن موقف المحكمة العليا فيما يخص تغيب أحد الزوجين أو كلاهما عن جلسة الصلح كان يفسر على أساس أنه رفض ضمني للصلح، ولم يكن قضاء المحكمة العليا يميز بين حضور أو عدم حضور المدعي طالب فك الرابطة الزوجية وبين المدعى عليه.

هذا الموقف لم يلبث طويلاً إذ تراجع قضاء المحكمة العليا في ذلك، أين قررت أنه على رافع دعوى فك الرابطة الزوجية (المدعي) أن يحضر وشخصيا جميع محاولات الصلح أو على الأقل جلسة أو جلستين لكي يؤكد و يبدي دفوعه ومطالبه، ويصرح فيما إذا كان يريد الصلح أو يرفضه، و في حالة غيابه ترفض دعواه، لأنه أصلاً هو على علم بالدعوى لكون حضور طالب فك الرابطة لجلسات أو جلسة الصلح كاف لاحترام مقتضى نص المادة **(49)** من قانون الأسرة، فيما يخص وجوب إجراء محاولة الصلح وحيث أنه بذلك تكون المحكمة قد احترمت نص المادة **(439)** وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لا يهم حضور الطرف الآخر الذي يكون في مركز المدعى عليه و الذي يحتل مركز الطرف الضعيف في الرابطة فالمدعي عليه، إذا ما ثبت أنه تم استدعائه قانونياً وتمت مراعاة المواد الخاصة بالتبليغ، فإن تغيبه عن جلسة الصلح لا يؤثر على خلاف حضور طالب فك الرابطة الزوجية.

أما في حالة تغيب الزوجين عن محاولات الصلح، التي أمر بها القاضي، ورغم ذلك لم يمتثلا فقاضي شؤون الأسرة لا يحرر محضر عدم الصلح، وإنما محضر يثبت فيه حالة عدم الحضور ليناقش الموضوع بعد ذلك والفصل في القضية، الأمر الذي يجعل الفصل في الموضوع دون إجراء الصلح فعلياً يجعل من شأن ما قام به قاضي الموضوع في أول درجة مجرد إجراء شكلي، الأمر الذي يخالف مقتضيات المادة **49** من قانون الأسرة و المادة **(439)**وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لما أكد فالمشرع على ضرورة حضور الزوجين شخصياً أمام القاضي في جلسة الصلح، إنما ذلك تجسيد لمبدأ مهم وهو مبدأ الوجاهية المقرر للأطراف، والذي يضمنه القاضي والمكرس بنص المادة الثالثة فقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث يسمع القاضي كل طرف حيث يتكلم بأسلوب الجمع و عدم التفريق أو التحيز لأحد مهما كان الوضع، و يتمكنان من المناقشة و إبداء دفوعهما و طلباتهما وسماع موقف كل زوج وهذا كله تكريسًا لحقوق الدفاع، و ضمان مبدأ الوجاهية الذي لا يكون إلا بحضور الطرفين، الأمر الذي يؤدي بالخصوم إلى الاستفادة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم أثناء محاولات الصلح وتجاوز الصعوبات و العقبات، و إيجاد حلول وعلاج للخلافات ولا يعفى مبدأ الوجاهية

إلا في حالات يستحيل فيها حضور الطرف الآخر كالغيبة و المفقود أو مسجون خارج الولاية، فهذه حالات تعتبر استثنائية فلا يتحقق مبدأ الوجاهية بسبب طبيعة وظروف كل قضية.

غير أن سماع القاضي طرف واحد يعد في حد ذاته خرقاً لمبدأ المواجهة، أو خرقاً لحقوق الدفاع لكن هذا ليس تقصيرًا من القاضي وإنما تقصير من الزوج الذي امتنع عن الحضور، فالقاضي أعطاه فرصة لكي يحضر و يواجه الخصم، فالقاضي ليس له حق إحضار الخصم بالقوة العمومية أو إصدار أمر ضبط وإحضار، حيث يقوم القاضي في هذه الحالة بالتأشير على أن الإجراء قد تم استيفائه، لكن ما يلاحظ أنه بدأ يسود اتجاه قضائي يتجه إلى عدم التقيد بمبدأ الوجاهية، و الاكتفاء بحضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة الصلح الأمر الذي لا يتماشى ومبدأ الإصلاح.

و - مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين:

أثير نقاش حاد على المستوى العملي حول ما إذا كان من حق الزوجين توكيل غيرهما لحضور إجراءات الصلح قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية بينهما أم لا ؟، وسبب هذا النقاش هو اختلاف العمل القضائي في هذا الخصوص، ويتجاذب هذا الموضوع اتجاهان مختلفان، يدعو الأول منهما إلى مشروعية الوكالة في إجراء الصلح بين الزوجين قبل الطلاق، بينما يرى الاتجاهالثاني الذي يجد تطبيقاً واسعاً على المستوى العملي أن الصلح بين الزوجين مسألة شخصية غير قابل لإجرائه بطريق الوكالة، ولكل من الاتجاهين مناصرون، يتمثلون في رجال القانون و القضاء، ومازال النقاش إلى يومنا يشق طريقه بين أخذ ورد وهذا ناتج بطبيعة الحال عن غياب نصوص قانونية واضحة تعالج هذا الموضوع.

نعرج في البداية إلى المقصود بالوكالة، لأن هذا التصرف هو محور هذه الإشكالية، وليس غريباً أن تثير هذه الإشكالية جدلاً في الأوساط القضائية.

إذ يقصد بالوكالة أو النيابة تسليم وتفويض التصرف للغير[1]، بمعنى حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة لشخص الأصيل، كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو، وفي هذا المجال يفرق شراح القانون بين الوكالة بالتقاضي و الوكالة بالخصومة، الأولى نوع من التمثيل الإجرائي أما الثانية تمثيل فني للخصم، يقتضي كذالك التمييز بين نوعين من الوكالة، وكالة عامة التي تكون الإنابة في التصرف القانوني بشكل عام، بحيث يعطي الموكل للوكيل الصلاحية التامة للتصرف في جميع حقوقه المتصلة بأعمال الإدارة.

---

[1] -بوزيد وردة ، مرجع سابق، ص61.

أما الوكالة الخاصة فهي الإنابة في تصرف معين بذاته يكون محلها عملاً محددًا من أعمال الإدارة، وكما أن التوكيل بالخصومة يختلف عن التوكيل بالحضور حيث أن الوكالة بالخصومة تخول للوكيل مباشرة كافة الأعمال الإجرائية داخل الخصومة القضائية نيابة عن الخصم، في حين التوكيل بالحضور يتمثل في حضور الوكيل أمام المحكمة نيابة عن موكله حتى لا يعد غائبا من الناحية القانونية [1]، وهو ما يؤكده الاجتهاد القضائي [2].

وطبقاً للقواعد العامة يمكن التوكيل في إجراء الصلح بشرط أن يكون توكيل بموجب وكالة خاصة، إلا أن الأمر يختلف في شؤون الأسرة بحكم خصوصية العلاقة الزوجية وبحكم عدم صراحة نصوص قانون الأسرة، فالطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد سلوك عدة محاولات الصلح، التي أوجبها المشرع بمتقضى نص المادة **(49)** من قانون الأسرة، وبهذا يتبين أنه يمكن إيقاع الطلاق مجردا عن إجراءات الصلح، لأنه من الإجراءات اللاحقة لتلفظ الطلاق إذا كان الطلب القضائي إثبات الطلاق الذي وقع أو أن موضوعه طلب الطلاق.

وكذا نص المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقر فقط بوجوبية محاولات الصلح. فنص المادتين **(49)**و**(439)** تميزتا بالشمولية والعموم فيما يخص إجراء الصلح،.ولم تتطرقا إلى إمكانية توكيل الأطراف أو عدم إمكانية ذلك، لحضور مجلس الصلح ما عدا نص المادة **(431)**من قانون الإجراءات المدنية التي تطرقت في فحواها إلى الوكلاء، مما يثور تساؤل عن قصد المشرع بقوله حضور الطرفين فهل يقصد بذلك طرفي عقد الزواج أي الزوج و الزوجة، أم يقصد غيرهما ممن يملك الوكالة عنهما أو عن أحدهما ؟

وقد كان لهذا الغموض التشريعي اتجاهين فقهيين وقضائيين متضاربين -إتجاه أول يذهب إلى أن إجراءات محاولة الصلح كما تصح من الزوجين شخصيا تصح كذلك من وكلائهم، و لا مجال للقول

---

[1] - فضيل سعد، مرجع سابق، ص 264.

[2] - جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: " **حيث إنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة حاولت الصلح بين الطرفين، إلا أنهما لم يحضرا وحيث إن اجتهاد المحكمة العليا استقر على وجوب حضور طالب الطلاق أو التطليق أو الخلع لجلسة الصلح، لأن هناك فرقا بين التوكيل في رفع دعوى الخلع و بين حضور المطعون ضدها محاولة الصلح . وحيث إنه مادام قاضي المحكمة قد استجاب لدعوى الخلع التي رفعتها المطعون ضدها دون حضورها لجلسة الصلح، فإنه بذلك قد خالف المادة 49 من قانون الأسرة**"، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0585865، 2010/12/09،.**غير منشور.**

بخصوصية قضايا شؤون الأسرة لا سيما و أن المشرع لم يستثني الوكالة من قضايا شؤون الأسرة [1] والدليل نستشفه من صياغة نص المادة **(431)** من نفس القانون التي تنص على انه: "**يتأكد القاضي.ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا ينظر مع الزوجين أو وكلائهما ...**".

وإن كان المشرع قد ألغى الوكالة في الزواج في المادة **(20)** بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وإلغاء هذا النص فيما يخص الإنابة في الزواج لا الطلاق، وأن نص المادة **(431)** لم يستبعد المشرع من خلالها حضور الممثل القانوني بدليل ذكر أن القاضي ينظر مع الوكلاء في الاتفاق.

فهذا الاتجاه له قرينة على صحة الوكالة في الصلح بين الزوجين، ويضيف نفس الاتجاه أن المشرع لو كانت له رغبة في منع الوكالة في هذا المجال أو جعل حضور الزوجين لجلسة الصلح شخصياً واجباً رتب عليه جزاءات بالنص الصريح على ذلك، وكما أن منع التصرفات لا يكون إلا بنص و إلا فهي مباحة إلى أن يتم تقيدها أو منعها تشريعاً وليس اجتهادا[2].

يذهب نفس الاتجاه إلى أن توكيل الزوجين وكيلين عنهما للقيام بمحاولة الصلح لا يختلف عن بعث القاضي حكمين، خاصة وأن الحكمين في مفهوم القانون وكيلان وليس قاضيين، علما أن الوكيلين يكونان دائما يحملان عبارات موكليهما، وتحل إرادتهما محل إرادة الأصيل امتثالا لأوامره وتحقيقاً لإرادته ورغبته، وما دامت الوكالة بنص خاص لإجراء محاولة التصالح بين الزوجين، فإنه من البديهي أن إرادة الوكيل تحل محل إرادة الأصيل في إجراء هذه المحاولة، وهنا لا يختلف دور الوكيل عن دور الحكم في البحث عن السبل الكفيلة للتقريب بين الشروط التي يمليها كل من الزوجين رغبة في إصلاح ذات البين بينهما بما يرضي كل طرف.

وإذا كان بعث الحكمين مما ينص عليه القانون، ويستساغ عقلاً ، فما تنصيب الوكيل سوى جزء من هذا المنظور، الذي لا يختلف عنه في الجوهر وإن كانا مختلفين شكلاً مع العلم أن حضور الوكيل أو حضور الحكم بصفته وكيلاً، يغني عن حضور الأصيل بداهة، وإلا لما كان للوكالة معنى، ويطابق هذا الفهم ما حكمت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ **05/03/1980** الذي جاء بما يلي:

---

[1] - روحمات عبد الله، الوكالة في صلح الزوجين بين القانون و الواقع العملي، مجلة الإشعاع ، (المغرب)عدد 27، 2003 ص 50 .

[2] - روحمات عبد الله، المرجع نفسه، ص51 .

"التفويض في الصلح مفاده أيضاً التفويض برفضه، رفض وكيل الزوجة للصلح المفوض فيه يعتبر كافيا لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين"[1]**،.**

اعتبر القضاء المصري الوكيل في إجراءات الصلح بين الزوجين بمثابة الأصيل في صلاحيته المفوض له بها، وبالتالي اعتبر رفضه للصلح بمثابة رفض الأصيل.

نجد الأستاذ **أث ملويا** يقول:" إن الوكالة تجوز في كل التصرفات القانونية بما في ذلك الأعمال الإجرائية، و على ذلك تجوز الوكالة في رفع الدعوى وفي الخصومة، و ما تتصل بذلك من إجراءات في مادة شؤون الأسرة إذا قام الزوج أو الزوجة بتحرير وكالة لشخص آخر، و قد تكون الوكالة للمحامي بغية رفع دعوى الطلاق أو الخلع أو التطليق، إلى متابعة الإجراءات إلى غاية صدور الحكم، فإن مهمته تضم جميع الإجراءات من رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم، وبما في ذلك حضور الجلسات و تقديم مذكرات و تمثيل الموكل أثناء جلسة الصلح و التحدث باسمه، وذهب إلى حد القول يلاحظ أن ثمة قرار غريب صادر عن محكمة العليا بتاريخ **2009/01/14**، صرح بوجوب حضور الزوج شخصياً أثناء جلسة محاولات الإصلاح و إبداء طلباته تحت طائلة رفض دعواه[2].

خلص **آث ملويا** إلى القول أن هذا القرار جاء غير مستساغ فيما يخص الوكالة في الطلاق، مضيفاً أنه يجوز لأي من الزوجين أن يوكل غيره ليباشر دعوى الطلاق نيابة عنه إلى غاية صدور الحكم. أو إلى غاية صدور حكم نهائي، و تدخل الوكالة في جميع الإجراءات المؤدية إلى صدور الحكم [3]، بما في ذلك إجراء محاولة الإصلاح، وعلى ذلك باستطاعة الوكيل أن يحضر الجلسة لمحاولة

---

[1] - نقض المحكمة المصرية، بتاريخ 1980/3/5أنظر: .الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص 298.

[2] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في الخلع طلاق، مرجع سابق، ص 159.

[3] - فقد ورد في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: **"من المقرر قانونا أن الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، وأن الوكالة الخاصة الرسمية، تصح للمرافعة أمام القضاء، حيث أن قضاة الاستئناف قد أخطئوا تفسير أحكام المادة أعلاه عندماقضوا عدم قبول الاستئناف شكلاً بدعوى أن الطلاق نهائي ولا يقبل الاستئناف في حين أن هذه المادة تنطبق على الطلاق الصادر عن أزواج تلفظوا به بصورة شخصية، أما في دعوى الطلاق موضوع النزاع فقد صدر بناء على وكالة خاصة نيابة عن الزوج، وكان على قضاة الاستئناف رفضه برفض الدعوى حيث أنه بالاطلاع على ملف قضية الطعن نيابة لمتابعة إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق موضوع النزاع وكان ذلك بناء على وكالة رسمية مرفقة، وأن الوكالة تحدث أثارها القانونية في دعوى الطلاق خلافاً لما تدعيه المدعية في الطعن، أما القرار المطعون فيه يكون قد خرق أحكام القانون ويستحق النقض. وحيث أن هذا الوجه مقبول وصحيح من غير حاجة إلى التعرض للأوجه الباقية...** "، أنظر:المحكمة العليا، غرفة

الإصلاح نيابة عن موكله و ليس للقاضي أن يشترط حضور الموكل شخصيا، لأن هذا الأخير قام بتوكيل و إنابة من يمثله أمام القضاء ليتحدث باسمه و لمصلحته.

فالوكيل يتلقى التعليمات من الموكل و ينفذها بما في ذلك ما يقول أثناء جلسة محاولة الصلح وعلى ذلك و في قضية الحال فإن الزوج قام بتوكيل محاميه و أصدر إليه تعليماته المتمثلة في رفضه للصلح، وما على القاضي إلا إن يجري محاولة الصلح بين الزوجة و محامي الزوج الذي يمثل هذا الأخير لأنه بصدد وكالة صحيحة ومنتجة لأثارها، و أن الزوج قد أعلم محاميه بأنه يرفض الصلح، وما على القاضي إلا أن يحرر محضر عدم الصلح، يسبب رفض الزوج بواسطة محاميه إجراء محاولة الصلح و ليس له أن يرفض الدعوى بسبب عدم حضور الزوج شخصًيا، مادام أن هذا الأخير قد أناب عنه محامي للحضور في جميع مراحل الإجراءات، و ليس للقاضي أن يشترط حضور هذا الأخير تحت طائلة عدم قبول الدعوى أو رفضها، لأن رفع الدعوى تم تصحيحه بواسطة الوكيل نيابة عن موكله[1]ويخلص هذا الموقف إلى القول بأن إجراءات الصلح مسألة شخصية لا ينبغي لأحد أن يطلع عليها.

كما ذهب إلى ذلك أصحاب الاتجاه الثاني بقولهم ان الصلح يقتضي تنازلات من الطرفين و التي تستلزم تواجدهما شخصيا، من أجل استرشاد القاضي بالتفسيرات التي يبديها الزوجان وإن كانت جل القضايا التي تثار بشأنها نزاعات هي شخصية محضة بين الزوجين، ومع ذلك يجوز مباشرتها عن طريق الوكالة، فإنه لا يوجد سبب لرفض الوكالة في إجراءات الصلح بين الزوجين بمجرد الاجتهاد الذي لا يساير المنطق من جهة، ولا يساير القواعد القانونية والشرعية العامة التي تتسم بذلك من جهة ثانية، ومع ذلك فإن حضور الممثل القانوني لم يستبعده النص بل نص على اعتماده صراحة وهذا هو القرينة القاطعة على صحة الوكالة في إجراءات الصلح بين الزوجين، وزيادة على ذلك فإن المشرع لو كانت له رغبة في منع الوكالة في إجراءات الصلح، أو جعل حضور الزوجين شخصياً لجلسة محاولة الصلح واجبة لنص المشرع على ذلك صراحة[2].

الأحوال الشخصية، قرار رقم 110096 مؤرخ في 1994/11/15، **المجلة القضائية**، عدد 03، 1994، ص 79 و ما بعدها.

[1] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في الخلع طلاق، مرجع سابق، ص 161و 162 .

[2] - روحمات عبد الله، مرجع سابق، ص 55.

بينما يذهب الاتجاه الثاني الغالب في المغرب[1]، و الجزائر والذي يتعين فيه حضور الزوجين شخصياً لجلسة الصلح أمام القاضي وذلك لتحقيق الغاية المنشودة و هي التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما و الظروف و الملابسات المحيطة به، كما أن الحضور الشخصي يساعد القاضي على الاسترشاد بالتفسيرات التي قد يبديها الطرفان و التي لها أهمية خاصة في العملية الصلحية، والأكثر من ذلك أن الصلح في حد ذاته يقتضي بتنازلات يقبلها الطرفان وأن الوكلاء، ولا يمكنهم التعهد بذلك إلا بالرجوع إلى موكليهم و تؤخر القضية في كل مرة و قد يكون الأمر لأتفه الأسباب.

وذهب نفس الاتجاه إلى تأكيد الغاية من رفض حضور وكلاء الخصام من المحامين أو غيرهم مع الزوجين أو في مكانهما خلال سريان جلسة الصلح، لا سيما و أن المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تؤكد على أن يتم الصلح في جلسة سرية نظًرا للخصوصية و المسائل الشخصية لكل بيت و لكل زوجين، مما يتعين معه عدم السماح بحضور غير أطراف الدعوى، حفاظاً على حرمة الأسرة، وهذا تفاديا لفضح أسرار الأسر[2]، لأن حضور غيرهما، قد لا يعبر فعلاً عن أسباب الخصام أو مبررات طلب فك الرابطة الزوجية، لأن ذلك من الأمور التي لا يقدر الزوج أو الزوجة البوح بها إلى غيره[3]، فحسب هذا الاتجاه يظهر أن الأعمال التي لا تصح فيها الوكالة هي تلك التي تتعلق بالشخص وترتبط به، بحيث لا يتصور أن تأتي من غيره وتعود بالمصلحة عليه، وبعبارة أخرى فإنه يستحيل أن تحل إرادة الغير محل إرادة النفس في تحقيق الأهداف المتوخاة منها، أو تحصيل المصلحة التي شرعت من أجلها.

ساند هذا الاتجاه الفقهي القضاء الجزائري بحيث أقر أنه لا يمكن اسبتدال حضور الأطراف لجلسة الصلح، إذ جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ **2007/06/13** والذي جاء فيه : **"...حيث متى تقدم الطاعن بواسطة محاميه بدعوى الطلاق فإن أحكام المادة 49 من قانون الأسرة توجب عليه بالحضور لجلسة الصلح، وعن إصراره على الطلاق دون حضوره لجلسة الصلح و الاكتفاء بموكله غير قانوني مما يتعين نقض الحكم محل الطعن... "**[4].

---

[1] - ادريس الفاخوري، مستجدات مدونة شؤون الأسرة في مجال مسطرة الشقاق بين الزوجين، مرجع سابق، ص 78.

[2] - قويدري خيرة ، مرجع سابق، ص212 .

[3] - بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص .113 .

[4] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 382976، مؤرخ في2007/06/13،**غير منشور**. وتأكيدًا لهذا الموقف صدر قرار آخر بتاريخ 16جانفي 2008 و الذي جاء في حيثياته ما يلي:"**...و أن هذا الإجراء هو محاولة الصلح**

قضت أيضًا في قرار أخر بما يلي: "**...وحيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أجرت محاولة الصلح حضرها وكيل المطعون ضده وتغيبت الطاعنة، دون أن يحضر المطعون ضده طالب الطلاق جلسة الصلح، ومع ذلك أشارت المحكمة أنها عقدت جلسة الصلح لإصلاح ذات البين، فكيف تجري جلسة صلح لإصلاح ذات البين والمطعون ضده وكل المدعو يماني علي لحضور تلك الجلسة، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه .**"[1]

يبدو أن هذا الاتجاه هو الصائب لسبب بسيط و هو أن المشرع ذكر في المادة (**49 /2**) من قانون الأسرة،التي تنص: "**...يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين. ..**" ، أي لا بد من ضرورة حضور الطرفين َوذكر المشرع أيضاً في نص المادة (**431**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن القاضي يستمع إلى الزوجين على إنفراد، ثم معاً و يتأكد من رضائهما و لم يقل يستمع إلى الوكلاء و إنما ينظر مع الوكلاء في الاتفاق والقضاة عادة ما يردون على هذا النص بعدم قبول هذا الإجراء، وعلى الأطراف الحضور شخصياً أمام القاضي ليتلقى منهما بصفة مباشرة تصريحاتهما ودفوعاتهما وطلباتهما لأنهما المعنيان بفك الرابطة الزوجية ففرضاً وقع

بيت الطرفين و إنه كاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا يصح فيه النيابة، ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور، و يعد خطأ في تطبيق القانون لا سيما المادة 49 من قانون الأسرة ..." **أنظر**: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 417622، مؤرخ في 2008/01/16، **مجلة المحكمة العليا**، عدد 01، 2009،.ص 302، وصدر أيضا قرار آخر صرح بموجب حضور الزوج شخصيًا أثناء جلسة محاولات الإصلاح وإبداء طلباته تحت طائلة رفض دعواه، والذي يؤكد ذات الموقف فيما يخص الوكالة في الصلح والذي اعتبرته نهاية جديدة لممارسة قضائية كانت مطبقة، من خلال قرار صادر بتاريخ **2009/01/14**، وجاء تسبيب قرارها كما يلي :" **...بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يلاحظ أن قاضي الأحوال الشخصية بمحكمة سكيكدة، قد خرق القانون عندما أصدر الحكم بالطلاق دون مراعاة أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي ألزم من خلالها المشرع الطرفين لحضور محاولة الصلح، حيث أن الحكم المنتقد فعلاً خالف القانون و أخطأ في تطبيقه و ذلك لأن المادة 49 من قانون الأسرة تجبر القاضي على إجرا عدة محاولات صلح ذات البين بين الزوجين قبل إصدار حكمه بالطلاق، حيث يتبين من الإطلاع على الحكم محل الطعن،أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح،بل أنابه عنه محاميه أمام محكمة الدرجة الأولى ليصرح أمامها أنه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة عملاً بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة، لكن حيث أن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصياً الذي طلب فك الرابطة الزوجية جلسة الصلح و إبداء طلباتها...**"،**أنظر**: المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 474956 مؤرخ في 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2009، ص 271 وما بعدها.

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0587065، مؤرخ في 2010/12/09، **غير منشور**.

الطلاق بالوكالة في ظل غياب الزوجين أو أحدهما، ثم يطعن أحدهما في الوكالة بالتزوير[1]، وكانت الزوجة المطلقة مثلاً قد تزوجت برجل أخر فكيف يمكن تدارك هذه الأشكال ؟.

رغم أن الحل لتفادي مثل هذه الأشكال هو منع جواز الصلح بالوكالة بحيث يتوجب أن يكون هناك نص قانوني بحيث يتدخل المشرع و يستثني إجراءات الطلاق من المبادئ العامة المتعلقة بالوكالة.

وهو ما تنادي به المحكمة العليا بمنع الصلح بالوكالة، ولما كانت محاولة الصلح بين الزوجين إجراء يجريه قاضي شؤون الأسرة يخاطب به الزوجان من أجل وعضهما و حثهما على مواصلة الحياة الزوجية و دعوتهما إلى تجاوز العقبات سعياً إلى إعادة الوئام بينهما، إلا أن هذا المسعى يقتضي حضورهما شخصيا طبقاً المادة **(440)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهنا المشرع يخاطب صراحة الزوجين بصفة صريحة لا غبار عليهما، و أكثر من ذلك المشرع في المادة **(441)** من نفس القانون والتي تنص على ما يلي:

"**إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي، إما تحديد تاريخ لا حق للجلسة أو ندب قاض أخر لسماعه بموجب إنابة قضائية..**"، فيتضح من خلال هاذين النصين أن من يحضر جلسة محاولة الصلح هما الزوجين المذكورين في عقد الزواج بعد التأكد من هويتهما.

أبدًا لم يذكر المشرع بجواز الصلح بتوكيل الغير أو المحامي لسماعه أو إبداء طالباته أو دفوعاته في محضر سماع أقوال، و لذلك رفض القضاء الجزائري حضور وكيل من الغير نيابة عن الزوجين أو أحدهما، نجد كذلك نص المادة **(440)** من نفس القانون تنص: " **يستمع القاضي إلى كل زوج على إنفراد ثم معا...**" ولم يقل مع الوكلاء، ونص أيضا في المادة**(441)** إذا استحال على أحد الزوجين الحضور ولم يقل الوكلاء، ونفس الشيء في المادة **(442)** التي نصت يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح، وجاء في المادة **(443)** من نفس القانون ما يلي: " **يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر و يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ..**"، ففي كل هذه المواد يخاطب المشرع الزوجين لا غير.

ومما سبق يفهم عدم جواز توكيل شخصا أخرًا بوكالة خاصةطبقاً لنص المادة **(574)** من القانون المدني[2]، فلهذا يستحسن حضورهما أمام القضاء وخصوصًا أن القضاء يرتب آثار في حالة عدم حضور

---

[1]- بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص 119 .

[2]- سمحت بالتوكيل بموجب وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع و التبرع و الرهن والتحكيم و الصلح ...."

طالب فك الرابطة الزوجية، و بذلك وجب حضوره لتفادي شطب القضية، وحتى يتأكد القاضي من إرادة طالب فك الرابطة الزوجية فيما إن كانت إرادته صحيحة وغير مشوبة بعارض أو بمانع من موانع الأهلية ولذا اتجه العمل القضائي إلى عدم جواز الإنابة عن الزوجين في محاولة الصلح، كل ذلك للتأكد من صحة انصراف إرادة الزوجين أو أحدهما شخصياً لوضع حد وإنهاء عقد الزواج.

أضحى لازما، أن يتدخل المشرع ويجسد ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا بشأن منع الوكالة في إجراءات الصلح، بأن يعدل نص المادة **(439)**من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن تصبح صياغة المادة على النحو الآتي :" **محاولات الصلح وجوبية وتتم بحضور الزوجين شخصياً ودون تمثيلهما من قبل الغير، أو هيئة الدفاع، و تتم في جلسة سرية** ".

وبذلك يسد الفراغ التشريعي و يضع حدًا للممارسات القضائية المختلفة ولا يترك للاختلاف مجال أما عن حضور أحد أفراد العائلة جائز طالما لا يكون بمفهوم الإنابة، وإنما في سبيل تفعيل محاولة الصلح فنجد المشرع مكن القاضي بناء على طلب الأطراف من إحضار أحد أفراد العائلة للمشاركة في محاولة الصلح، وهو ما سوف نتطرق إليه في ما يلي .

ي- إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح:

استحدث المشرع بموجب المادة **(440)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراء وهو إمكانية حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولات الصلح لكن ليس بمهموم الإنابة كما سبق بيانه، فيمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة و المشاركة في محاولات الصلح، حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة، نظرًا لخصوصية النزاع وسريته و حساسيته ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية وكل ذلك خلال 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وهو ما ينسجم مع نص المادة **(49)** من قانون الأسرة[1].

تكون غاية هذا الإجراء تفعيل محاولة الصلح فنجد المشرع مكن القاضي و الأطراف من إحضار أحد أفراد العائلة الذي يملك تأثير على الزوج أو الزوجة، ليساعد القاضي و الزوجين على الصلح بينهما فيمكن للقاضي إدخال أحد أفراد العائلة سواء من عائلة الزوج أو الزوج أو من كلائمها إلى جلسة الصلح للمساعدة في إنجاز الصلح و ليس لاعتباره أمرًا شكليا يتعين القيام به و كفى [2]، وهي التفاتة حسنة من

---

[1]- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 336.

[2] - بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 445 .

المشرع لأن أغلب النزاعات تكون بسبب أهل الزوج أو الزوجة، ولأن الأصل في الصلح أن يكون عائلياً [1] وهذا الإجراء يشمل كل من الطلاق – بإرادة منفردة – التطليق و الخلع[2]، ولأن الزواج رابطة بين أسرتين وليس زوجين كما يقال فإن المشرع أحسن ما فعل عندما وسع دائرة الصلح إلى عائلتيهما بناء على طلبهما لذلك[3].

خصوصاً وأن الكثير من النزاعات تدور حول مسالة والدة أو والد الزوج الذي قد ترفضه الزوجة أو الزوج العيش معهم بحجة المشاكل العائلية، فالزوج يطلب الطلاق و يقول زوجتي لا تريد العيش مع أمه و ترفض العيش معها، لكن في مقابل ذلك قد نجد الزوجة تؤكد أنه ليس لها مشكل مع أمه وأنها مستعدة إذا حضرت والدة الزوج التي سوف تأكد أنها لا يوجد أي مشكل مع الزوجة، فالقاضي يفعل هذا النص ويأمر في الجلسة الموالية حضور الأم مادام أن الزوج يتمسك بالطلاق على هذا الأساس لتحضر جلسة الصلح و يتحرى القاضي ويتأكد منها إن كان فعلاً هي أساس المشكل أم لا له، و يحاول القاضي دفع الأطراف إلى التسامح من أجل الحفاظ على العائلة والأولاد.

بعدما تم التطرق إلى دور القاضي في إجراءات الصلح، سوف يتم الآن تبيان دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية و المؤقة أثناء محاولات الصلح، وهو ما سوف يتم توضحيه، من خلال المطلب الثاني التالي.

المطلب الثاني

دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية و المؤقة أثناء محاولات الصلح

منح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، للقاضي سلطات واسعة، ولا سيما في إطار التحقيق واتخاذ أي تدبير يراه مناسبا، فعزز من دور قاضي شؤون الأسرة ولم يصبح القاضي في وضع الحياد السلبي،بل أصبح للقاضي دور إيجابياً في سير إجراءات الخصومة، حيث نحاول تبيان دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح**(الفرع الأول)**، ثم نبين دور القاضي في اتخاذ التدابير المؤقتة أثناء مباشرة محاولات الصلح**(الفرع الثاني)**، مع تبيان عوارض الخصومة التي قد تطرأ على إجراءات الصلح**(الفرع الثالث)**.

[1] -دلهوم نجوى، مرجع سابق، ص17.

[2] - بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص 10 .

[3] - حميش حسان، مرجع سابق، ص 4

الفرع الأول.

<u>دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح</u>

من بين الأمور المستحدثة والتي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه أعطى للقاضي بصفة عامة، و لقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة صلاحيات واسعة في إطار ما يسمى بالدور الإيجابي للقاضي، فأصبح هذا الأخير يتدخل في الخصومة من أجل أن يكون على بينة من أمره وفي سبيل الوصول إلى الحقيقة، قبل الفصل نهائيا في النزاع المطروح أمامه فيما يخص شق فك الرابطة الزوجية وما يجسد ذلك هو مقتضى نص المادة (**450**) من القانون السالف الذكر، حيث أصبح القاضي يتخذ كل تدبير يراه ضروريا ولازما من أجل كشف و البحث عن إرادة الزوج طالب فك الرابطة الزوجية، بما في ذالك وسائل التحقيق من اجل التأكد من إرادة طالب فك الرابطة الزوجية [1].

ففيما يخص الطلاق بالإرادة المنفردة، يبحث القاضي و يتقصى عن الحقيقة و فقاً للآليات التي رسمها له القانون، بموجب نص المادة (**451**) من نفس القانون أين يتأكد من توفر الأسباب الموجبة للتطليق و الخلع، ثم أيضاً من تمسك الزوجة بفك الرابطة الزوجية، ، ويمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال إلى المعاينة[2].

ارتأى المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أن يوسع من نطاق التحقيق مستحدثاً بذلك إجراءات جديدة تتبع في قسم شؤون الأسرة، بحيث تنص المادة (**425**) من نفس القانون على ما يلي:" **يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة إلى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة و يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت و حتى أثناء إجراءات الصلح**"، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح سؤال مفاده هل وسائل التحقيق هاته لها علاقة بنص المادة (**450**) و (**451**) السالفتا الذكر؟.

تكون الإجابة بنعم، لأن المشرع منح قاضي شؤون الأسرة صلاحية التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق، في إطار تأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، و في سبيل ذلك مكنه من أن يمارس

---

[1]- إنّ كلمة يتأكد القاضي من إرادته الواردة في نص المادة (**450**) في غير محلها لأن الأصح أن يتأكد من تغير موقفه لأن إرادته أعلن عنها، و إنما نحن نتأكد في مدى إصراره على فك الرابطة الزوجية فالإرادة و واضحة من خلال طلباته في العريضة الافتتاحية .

[2]- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 340.

أو يتخذ أي إجراء أو تدبير يراه ضروريا، و لاسيما إذا لم يحضر جلسات محاولات الصلح، فالمشرع في المادتين (**450**) و (**451**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فتح الباب على مصراعيه، فمتى رأى القاضي في إطار التحقيق أن يتخذ تدبير ما، كتعين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع، بغرض الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح أو اللجوء إلى الإنابة القضائية لندب قاض أخر لسماع الزوج الغائب طبقاً لنص المادة (**441**) من نفس القانون.

كما يمكنه الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال إلى المعاينة طبقاً لنص المادة (**451**) من نفس القانون، فالبرجوع إلى المواد (**75**) وما يليها، فيما يخص القواعد العامة لإجراءات التحقيق يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق، التي يسمح بها القانون، و يأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال، ويجوز لممثل النيابة العامة حضور إجراءات التحقيق في القضايا التي يتم إشعاره بها، وعند الاقتضاء إبداء ملاحظاته.

يمكن للقاضي أيضاً أن يأمر الخصوم أو أحدهم، بالحضور شخصيًا أمامه، وإذا قدم أحد الخصوم مبررا لاستحالة مثوله جاز للقاضي الانتقال لسماعه ومعاينة الوضع و اتخاذ أي إجراء قضائي آخر يراه ضروريا كان يكون في دولة أجنبية بإصدار إنابة قضائية في هذه الحالة، ويمكن للقاضي وسماع شهود في شكل إجراء تحقيق .. الخ، وضع المشرع هاذين النص لسببين هما: تفادي الدعوى الكيدية، والتحقق من إرادة طالب فك الرابطة الزوجة لاسيما إذ لم يحضر جلسة الصلح، و لأجل ذلك حاول المشرع معالجة هذا الأمر حيث وأصبح الآن لا يوجد إشكال بوجود نص قانوني صريح. فيمكن أن نجمل هذه التدابير في: الأمر بالخبرة الطبية(**أولاً**)، الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية(**ثانيا**)، إمكانية اللجوء إلى الاستشارة(**ثالثاً**) الأمر بالإنابة القضائية(**رابعاً**)، الاستماع إلى الشهود(**خامساً**)، وإمكانية الانتقال إلى المعاينة(**سادساً**).

أولاً - الخبرة الطبية:

حسب مقتضى نص المادة (**450**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1]، يمكن للقاضي إتخاذ التدابير التي يراها ضرورية حسب النزاع، حيث يختلف في ما إذ ا كان الزوج هو الذي يطلب الطلاق أو الزوجة، وهذه الأخيرة ممكن أن تدفع أن زوجها في حالة جنون أو أنه عقيم أو أنه يعاني من مرض عقلي

[1] - أنظر نص المادة (**450**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يمنح قاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة في إطار التأكد من إرادة طالب الطلاق.

أو نفسي أو يعاني من إدمان على الكحول أو أي شيئ أخر، فالقاضي يتدخل ويتخذ أي تدبير في هذا المجال، و هذا ما هو يحدث غالباً، لأنه بالنسبة للطلاق سوف تترتب عليه أثار بالنسبة للأسرة و التدابير المنصوص كلها تتعلق بالأسرة، يمكن اللجوء إليها أثناء فترة الصلح.

حيث نصت المادة **(450)** من نفس القانون، يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك، ومعنى ذلك أن القاضي هنا له سلطة واسعة في أن يتأكد أن طالب الطلاق له أهلية و له إرادة، ليس مجنون أو مختل عقليا و ليس مضطربا نفسيا، و يتأكد من إرادته حقيقة هل طلق أو لا؟، وفيما اذا كان سليم الإرادة أم مكره أو غير مكره؟، و في سبيل ذلك للقاضي سلطة واسعة لتعين خبير.[1]

جاءت المادة **(425)** تحت عنوان في صلاحيات قسم شؤون الأسرة، ولو كان ذلك في مرحلة إجراءات الصلح لأنه قد يلاحظ القاضي تصرفات أحد الزوجين غير عادية و يعاين في أحد الزوجين مظاهر المرض أو الجنون أو إختلالات في القدرات الذهنية التي من شأنها أن تمنعه من التعبير عن إرادته، و إثبات اختلال القدرات الذهنية في هذه الحالة لا يكون إلا من قبل طبيب مختص، لأنه متى تبين أثناء محاولة الصلح أن أحد الزوجين يعاني من اضطراب عقلي فللقاضي أن يأمر بإجراء خبرة عقلية للتأكد من سلامته، فإذا تبين أن الزوج مختل عقليا تم التصريح بعدم قبول الدعوى شكلاً لانعدام الأهلية طبقا للمادة **(64)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2].

حيث يعتبر الطلاق تصرف إرادي يترتب عليه أثار قانونية، وعليه يجب أن يكون صادر عن إرادة حرة ويتبين هذا للقاضي من خلال التحدث إلى الزوج و الاستفسار عن السبب الذي دفعه للطلاق، وقد لا يظهر هذا في الجلسة الأولى، وعليه نص القانون في المادة **(49)** بنصها:"...**بعد عدة محاولات صلح...**".

نلاحظ كذلك أن المشرع أوزع أسباب الخصام إلى عوامل اجتماعية أكثر من عوامل نفسية، و عليه إذا رأى القاضي أن الأمر بحاجة إلى تعيين طبيب نفسي، فهذا يدخل ضمن سلطته التقديرية في اللجوء إلى تعيينه طبقا للمبادئ العامة في التحقيق، لأن المشرع لم يخص هذه الحالة بنص قانوني[3].

1- انظر نموذج اجراء خبرة طبية، الملحق رقم (4).

[2]- لم تعد الأهلية شرطاً لقبول الدعوى و إنما هي شرط لصحة الإجراءات، **انظر** نص المادة **(46)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[3]- بوشبان خديجة، مرجع سابق، ص 37.

قد يحتاج القاضي أثناء محاولات الصلح إلا ما ينوره فيما يخص النوازل و المسائل التي ليس له بها دراية[1]، وبناء على السلطات التي منحه إياه القانون له أن يصدر أمر استعجالي من أجل تعيين خبير طبي إذا كان موضوع النزاع المعروض عليه يتطلب ذلك، كأن يأمر بإجراء فحص طبي أو فحص نفساني أو عقلي[2]، من أجل التأكد من السلامة العقلية لزوج.

نجد في هذا المجال قرار للمحكمة العليا قضى بما يلي :" **...لكن حيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه بالنقض أن الخبرة المعتمد عليها المودعة بتاريخ 2008/11/25 قد خلصت إلى أن المطعون ضده لا يعاني من أية إصابة عقلية، وأنه سليم عقليا و قادر على اتخاذ قراراته بنفسه، ومن ثم فإن القضاء من قبل محكمة الدرجة الأولى، بالاستجابة إلى طلبه الرامي إلى فك الرابطة الزوجية بينه و بين الطاعنة استنادًا إلى ذلك، يعد تسبيبا مقنعا و يجعل الوجه المثار غير مؤسس، ويتعين عدم الاعتداد به، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن ...**"[3] .

جاء في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ **2008/3/12**، والذي تضمن المبدأ الآتي :"...أن **الطلاق من المسائل الإرادية، ومنه فإن كل ما يمكن أن يثير الشك في سلامة هذه الإرادة من العيوب الشرعية و القانونية، يستوجب التصدي له بالبحث والتدقيق بواسطة أهل الخبرة قبل البت فيه ..."**[4]، ولذلك في هذا القرار تنعي الطاعنة على الحكم المطعون فيه قبوله طلب الطلاق من زوج مصاب بمرض عقلي مثبت بملف طبي مدفوع أمام المحكمة للمناقشة و التأكد من ذلك بواسطة طبيب مختص، للقول فيما إذا كانت إرادته سليمة أم لا ؟، تطبيقا للمواد(**42**)و(**43**) من القانون المدني و المادة (**79**)من القانون المدني التى أحالت إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة و لاسيما نص المادة (**58**) منه.[5]

ثانياً- المساعدة الاجتماعية:

لم يكن هذا الإجراء معمولاً به سابقاً، إلا أمام قضاء الأحداث أي في المواد الجزائية إلا أن المشرع الجزائري نص في المادة (**425**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على اللجوء إلى هذا

---

[1] - بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص 38

[2] - فاضل أحمد، مرجع سابق، ص 22.

[3] - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم قرار 0639647، مؤرخ في 2011/07/14، **غير منشور**.

[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم416686، مؤرخ في بتاريخ 2008/3/12، **نشرة القضاة**، عدد 67 ،ص247 وما يليها.

[5] - اعتبرت المادة (**58**) تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، او السفه . أما النص بالغة الفرنسية اعتبرها تصرفات باطلة .

الإجراء و هو جوازي للقاضي، ولم يحدد المشرع كيف يتم تعين المساعد الاجتماعي و لا المهام التي يقوم بها مما يفهم من ذلك تطبيق القواعد العامة، فيتعين العمل بالتنسيق مع مكتب المساعدة الاجتماعية لتعين تعين مساعدة اجتماعية من ضمن المساعدين المعنيين لمراكز تخضع لوزارة التضامن الوطني[1] فعلى فرض أن القاضي لجأ إلى هذا الإجراء في إطار عملية الصلح بين الزوجين المتخاصمين، فالمساعد الاجتماعي يصبح كوسيط مكلف بالتواصل المباشر مع الزوجين ومحاولة معرفة الحالة الاجتماعية التي يعيشانها وكذا حال الأطفال القصر، حتى يتسنى للقاضي التحكم في موضوع [2]

ونظًرا لأن المشرع لم يبين كيف يؤدي المساعد الاجتماعي مهامه، والتي يفترض أن تكون في مكتبه، حيث يستدعي الأطراف إلى الحضور إليه في اليوم و الساعة و المحددة أو يتنقل اليهم، و هنا نتساءل على من تقع المصاريف القضائية؟، كما يمكن أن تفترض أنه سينتقل إلى المحكمة في اليوم والساعة التي يحددها القاضي، مع تكليف الأطراف بالحضور من طرف المحكمة.

قررت المادة **(2/425)** من القانون السالف الذكر، على أن التحقيق ينتهي بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المساعد والحلول المقترحة، و يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلاً لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد، حيث تركت المادة تحديد الأجل للسلطة التقديرية للقاضي كما أنها لم تحدد المدة التي يجب عليه أن يقوم بمهامه فيها.[3]

غالباً ما يتم اللجوء إلى المساعدة الاجتماعية بخصوص لمن تؤول حضانة الأولاد الصغار، سواء قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، كتدبير يلجأ إليه القاضي لإسناد حضانة مؤقتة أثناء فترة الصلح[4]، و قبل الحكم بالطلاق لأن مصلحة الأبناء تستنتج من قبل بحث تقوم به مساعدة اجتماعية، أين تظهر فيه عناصر موضوعية يمكن للقاضي الوقوف عليها، وهو ما ذهبت إليه موقف المحكمة العليا في العديد من قراراتها، التي أرجعت مسألة استخلاص مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقضاة مع عدم إلزامهم بالاستعانة بالمساعدة الاجتماعية، فجاء في إحدى قراراتها ما يلي:" **لكن حيث أن القضاة غير ملزمين**

---

[1] - بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 431.

[2] - بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص 41.

[3] - بوشبان خديجة، مرجع سابق، ص39.

[4] - أنظر نموذج تحقيق اجتماعي، الملحق رقم (5).

باللجوء إلى مساعدة اجتماعية مادام أنهم استندوا إلى وثائق موجودة بالملف كما يظهر من الأسباب التي أوردها..."[1].

غير أن المحكمة العليا في قرار آخر ذهبت إلى ضرورة الاستعانة بالمرشدة الاجتماعية حيث حيثياته كما يلي:" **...ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن يدفع بأن المطعون ضدها لم تمارس الحضانة على أولادها منذ مغادرتها البيت الزوجي، و لم تطلب بها في المهلة القانونية، فكان على قضاة الموضوع أن يجروا تحقيقاً معمقاً فيما يخص إدعاء الطاعن وذلك بالاستعانة بمرشدة اجتماعية و تحرير محضر على ذلك ولما قضى قضاة الموضوع بإسناد الحضانة للأم دون أن يجروا أي تحقيق عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يستوجب نقض القرار جزئيا...."[2]**

ثالثاً-الاستشارة :

مصداقاً لقول **النبي صلى الله عليه و سلم: " ما خاب من استخار وما ندم من استشار "[3]**، وطبقاً لنص المادة **(425)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن القاضي يمكنه اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، وأضافت أنه يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت و حتى أثناء إجراءات الصلح فما المقصود بالاستشارة وما نوع هذه الاستشارة التي يقصد بها المشرع ؟، و هل تتم شفاهة أو كتابة ؟، و ما معنى اللجوء إلى الاستشارة أثناء فترة الصلح ؟.

لقد استحدث قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاستشارة كطريق من طرق التحقيق، حيث لم تكن منصوصة عليها من قبل، وقد نص القانون أنه يمكن للقاضي اللجوء إلى هذا التحقيق متى ظهر له

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 650014، مؤرخ في 09/13 2011،<u>**مجلة المحكمة العليا**</u> عدد 01، 2012، ص 313 إلى 317، كما قضت في قرار أخر لها ما يلي :" **حيث أن مسالة تعين مرشدة اجتماعية أو إجراء مقابلة شخصية بين الأطراف هي مسالة موضوعية تدخل في اختصاص قضاة الموضوع، و داخلة في قناعتهم الشخصية، لهم أن يقبلوها أو يرفضوها باعتبارهم لهم الصلاحية الكاملة للقيام بالمهام التي كانت تتوكل إلى هؤلاء، أي المرشدة الاجتماعية أو إجراء مقابلة شخصية لو لم يقرروا مراعاتها بأنفسهم، ولهم حينئذ القرار المناسب الذي يصب في مصلحة المحضون وهو ما توصلوا إليه حينما رأوا أن المطعون ضده بصفته الأب أستاذ رئيسي في التعليم الابتدائي والمحضون متمدرس بروضة المدرسة وانه الأولى و الأصح لحضانة الولد ..."** ، قرار رقم: 752021:المؤرخ في 2013/06/13، قرار غير منشور و<u>**لتفصيل أكثر انظر**</u>: لعناني أميرة نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية2013-2015، ص 35.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 386514، مؤرخ في 03/14 /2007،**غير منشور** . منقول عن: لعناني أميرة، مرجع سابق، ص 36.

3-رواه الطبراني في معجمه الكبير والصغير.

أهمية في ذلك حتى و لو كانت القضية في مرحلة إجراء الصلح بين الأطراف، ونجد هذا الإجراء المتعلق بالاستشارة منظم في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الذي منح القاضي إمكانية اللجوء إلى الاستشارة التي نصت عليها المواد **(256)** إلى **(262)** من نفس القانون و هي إجراء وسط بين الخبرة و المعاينة.

يصف البعض الاستشارة أنها خبرة مصغرة تتم بإجراءات مبسطة و سريعة و بأقل تكلفة و يكون اللجوء اليها عادة عندما ينطوي النزاع على مسائل خارجة عن اختصاص القاضي، ويرغب في الحصول على مجرد الاستشارة في شأنها، أين لا يتطلب الأمر تحريات أو معلومات معمقة أو تقنية بحتة، وهو التوجه الجديد في فرنسا الذي يفضل الاستعانة بالاستشارة و تعميم اللجوء إليها لتحقيق الفعالية و ربح الوقت[1].

ولعل السبب في استحداث المشرع لإجراء الاستشارة في قضايا شؤون الأسرة بصفة عامة، وفي إجراءات الصلح بصفة خاصة أن القاضي قد تعترضه بعض المسائل حيث يجد نفسه مضطًرا للاستعانة و استشارة الغير، كالاستعانة بمختص في مركز الصم، بعد أن يحضر هذا المختص شهادة تكوين في هذا المجال، دون أن لا يؤدي اليمين القانونية، بل يكتفي بترجمة إشارات المصاب بالصم والبكم، و ليس بالضرورة إحضار مترجم رسمي ممكن محامي بعد أدائه لليمين القانونية لكي يسرد نفس الكلام الذي يصرح به هذا المختص ولا ينقص أو يضيف، وإذا لاحظ القاضي بأن حد الزوجين مريض نفسانياً أثناء جلسة الصلح، يحضر طبيب ، لكي يستشيره في ما يخص حالته النفسية أو العقلية.

يكمن أن يكون اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في مجال معين، فقد يكون من المراكز الإستشفائية أو النفسية أو غير ذلك، فإن اللجوء إلى هذه المصالح أو الأطباء أو الخبراء للاستفادة من استشارتهم و في أي وقت، و حتى أثناء إجراءالصلح طبقً ا للمادة **(425)** الفقرة الأخيرة [2]، فله أن يأمر بإجراء استشارة إذا كانت وقائع النزاع لها جانب علمي يتطلب توضيحات من متخصصين في شأن الموضوع محل الاستشارة[3].

اتجهت أغلب التشريعات إلى منح القاضي صلاحية استعمال إجراء الاستشارة وعدم اللجوء إلى الخبرة إلا عند عدم كفاية الاستشارة، حيث اللجوء إليها من شأنه أن يجسد حقيقة الدور الإيجابي لقاضي شؤون الأسرة، من حيث إمكانية اختيار الوسيلة الأنسب في التحقيق كلما كانت المهمة المطلوبة يمكن

---

[1] - فاضل أحمد، مرجع سابق، ص 22.

[2] - بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 431.

[3] - فاضل أحمد، المرجع نفسه، ص 70.

إنجازها عن طريق تصريحات بسيطة، غير معمق و وغير معقدة لا تتطلب اللجوء إلى الخبرة و بتكلفة محدودة و تسمح بربح وقت[1].

لاسيما وأن إجراء الصلح محدد بمهلة ثلاثة أشهر،فمثلاً الزوجة لا تريد الانفصال و الرجل يريد أن يطلق و هذه الزوجة تدعي أن زوجها مريض وتقدم ملفاً طبِّيا فيه العديد من التقارير باللغة الأجنبية بخصوص ذلك، و هنا بالتأكيد القاضي بحاجة إلى الاستشارة فيلجأ إلى أهل الاختصاص لاستشارتهم، ولاسيما إذا كانت الزوجة متمسكة بزوجها رغم مرضه، فالقاضي يمكنه طلب استشارة الطبيب في مناقشة تقرير الملف الطبي المرفق بالعريضة الافتتاحية، وقضاء المحكمة العليا يؤكد على ضرورة التدقيق في الملف الطبي قبل الحكم بالطلاق.

لم ينص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على إجراء الاستشارة كإجراء عام يطبقه جميع القضاة في جميع المواد ما لم يكن هناك استثناء، بل ذكره كإجراء خاص في قضايا شؤون الأسرة التي تجيز لقاضي المكلف بشؤون الأسرة في إطار صلاحياته الاستناد إليها في إطار التحقيق[2]، ورغم أن القانون السالف الذكر لم يلزم القضاة باللجوء إلى استشارات قبل اللجوء إلى الخبرة ، فالمادة **(75)** منه تترك للقاضي مطلق الحرية في اختيار الإجراء الذي يراه مناسبا لكل قضية، بشرط أن يكون هذا الإجراء من الإجراءات التي يسمح بها القانون [3]، لأنه أحيانًا اللجوء إلى الخبرة قد لا يكون ضرورياً رغم أن للنزاع جوانب غير قانونية، أي انطواء النزاع على أمور فنية متخصصة خارجة عن مجال تخصص القاضي بحيث يمكن لهذا الأخير أن يلجا إلى الاستشارة بدلا من الخبرة[4]، و فور انتهاء التحقيق المنجز من الطبيب أو الخبير أو المصلحة المستشارة يحرر محضر بذلك، حسب ما تقتضيه الاستشارة المطلوبة من القاضي لحل النزاع و يدون الحلول المقترحة[5].

إذًا من المفيد أن نجد المشرع الجزائري في هذا المجال حذا حذو التشريعات الإجرائية الحديثة وبهذه الكيفية يكون قد تعزز دور الإيجابي للقاضي، في إطار صلاحيات التحقيق وحتي في إجراءات الصلح مما يجعله متحكما في زمام الأمور، و تكون هذه الاستشارة شفاهة، لأنه لو استعصى عليه الأمر

---

[1] - المرجع نفسه، ص 22.

[2] - المرجع نفسه، ص 217.

[3] - فاضل أحمد، المرجع نفسه، ص 31.

[4] - المرجع نفسه، ص 26.

[5] - بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 431.

إلى درجة إصدار أمر كتابي فانه يلجأ إلى طريق أخر من طرق التحقيق كالخبرة مثلا،و لكن الاستشارة يلجأ إليها عندما لا تكون المسألة المعروضة عليه معقدة أو فنية إلى درجة أنه لا يستطيع الفصل فيها إلا بالتحقيق المعمق، وعليه حتى و لم يذكر المشرع هذا الأمر فان القاضي يستشير زملائه القضاة وكل من له فائدة في استشارته [1].

رابعاً- الإنابة القضائية:

الأصل أن تقوم المحكمة المختصة بنظر في الدعوى التي ترفع إليها باتخاذ كافة الإجراءات بشأنها، إلى حين صدور حكم فيها لا سيما فيما يخص مرحلة الصلح للتأكد من إرادة الزوج أو إجراء محاولة الصلح، طبقاً لنص المواد **(49)** من قانون الأسرة و**(439)** و**(440)** و**(441)** و وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه استثناء قد تتوافر ظروف تفرض الخروج عن القواعد العامة كأن يتطلب التحقيق القيام ببعض الإجراءات خارج نطاق اختصاصها، حيث يجد القاضي نفسه أمام استحالة قانونية لإجراء تحقيق ما، الأمر الذي يشكل إعاقة في العمل القضائي، من أجل التأكد من إرادة الطلاق و حتى يكون القاضي في بينة من أمره، فيما إذ كان الزوج طلق أم لا ؟، أو أنه يرغب في إيقاع الطلاق، أو أن طالب فك الرابطة الزوجية بصفة عامة متمسك برأيه و طلبه ودفوعاته.أو التأكد من موقف الزوجة حيال الدعوى التي رفعها زوجه عليها.

و لهذا قرر المشرع استعمال الإنابة القضائية للحصول على إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق الضرورية، ذلك أن الإنابة القضائية استثناء عن الأصل الذي مفاده قيام المحكمة بنفسها بإجراء التحقيق[2]..

نجد أن المشرع قد ذكر هذا الإجراء في نص المادة **(441)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص الفرع المتعلق بالصلح، حيث يجوز للقاضي أن يندب قاض آخر في إطار الإنابة القضائية لسماع أحد الزوجين، فإذا تعذر عليه الحضور إلى الجلسة شخصياً لمانع ما كأن تكون الزوجة حامل بالمستشفى أو يكون الزوج بمؤسسة عقابية بعيدة..الخ[3]، حيث لم يقدم المشرع بالتفصيل نوع الإنابة وإجرائها و شروطها و طريقة تنفيذها، لكن تَنَاول هذا الإجراء في الفصل الخاص في التحقيق .

---

[1] - بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص 42 .

[2] - بن حليمة يمينة، المرجع نفسه، ص 42.

[3] - حميش حسان، مرجع سابق، ص 5.

وعليه في حالة ما اذا احتاج القاضي اللجوء إلى الإنابة القضائية في غيرها بما أتت به المادة **(441)** يعمد إلى القواعد العامة في الإجراءات، ومفاد أن الإنابة القضائية في شؤون الأسرة لا تقتصر فقط على سماع الأطراف و إنما تتعداها إلى أي إجراء منتج في الدعوى[1]، كما نعلم أن الإنابة القضائية هي ذات طابع اختياري حسب المادة **(441)** و**(108)** من نفس القانون،و تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا رأى ضرورة اللجوء إليها يقوم باتخاذ هذا التدبير.

من بين شروط الإنابة القضائية استحالة حضور أحد الزوجين إلى التاريخ المحدد لجلسة الصلح لوجود عذر مقبول طبقاً لنص المادة**(442)** من القانون السالف الذكر، أو تكون محل إقامة الشخص المراد سماعه خارج دائرة اختصاص المحكمة المعنية، و أن يتعذر على القاضي التنقل إلى خارج دائرة اختصاصه بسب بعد المسافة ،وأن تكون الواقعة المراد إثباتها أو التأكد منها متعلقة بالدعوى وأن تكون الواقعة محددة وغير مجهولة وممكنة وغير مستحيلة و منتجة في الدعوى[2]، حيث يستدعي الخصم أو الشخص المعين في الإنابة و تقوم بسماعه على محضر سواء تعلق الأمر بسماع الزوجين أو الشهود[3].

عند الانتهاء من تنفيذ الإنابة القضائية طبقاً[4] لنص المادة **(111)** من القانون السالف الذكر، يرسل الملف مرفق بالمستندات و الأشياء الملحقة بها إلى الجهة القضائية، وهذه الإجراءات نفسها سواء كانت الإنابة داخلية أو دولية، حيث قد يحدث وأن يكون أحد الأطراف في دولة أجنبية، وهو ما يستلزم إنابة قضائية إلى السلطة القضائية المختصة للدولة المعنية أو إلى السلطات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية حيث تطبق في هذا الشأن المواد **(112)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وما يليها .

خامساً-الاستماع إلى الشهود :

من بين التدابير التي يمكن للقاضي أن يتخذها في إطار التحقيق هي الاستماع إلى الشهود فالقاضي له سلطات في إجراء تحقيق وسماع الشهود، حتى يتمكن من الوقوف على مسألة إيقاع الزوج للطلاق و تحديد تاريخ إيقاعه، ومن ثمة معرفة تاريخ بداية سريان عدة الطلاق الرجعي أو سماع الزوجة.

نجد المشرع من خلال المادة**(150)** أجاز للقاضي بأن يأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائز و مفيد للقضية، ويحدد والقاضي في

---

[1]-. بن حليمة يمينة، المرجع نفسه، ص 42

[2]- المرجع نفسه، ص 43.

[3]- المرجع نفسه، ص 46

[4]- انظر الملحق رقم**(3)**.

الأمر بسماع الشهود الوقائع التيسَيدُلي بها الشهود في اليوم وساعة الجلسة المحددة لذلك، و باستثناء الفروع يجوز سماع الأشخاص المذكورين في المادة**(153)** في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق، و يجوز حتى سماع القصر الذين بلغوا سن التميز على سبيل الاستدلال وخلال ذلك يجوز للقاضي أن يطرح أسئلة مفيدة على الشهود وتدون أقوالهم في محاضر السماع، فالتحقيق أمر ضروري كما ذهبت المحكمة العليا إلى ذلك[1].

سادساً-الانتقال إلى المعاينة :

في إطار التأكد من إرادة الزوج بخصوص الطلاق الذي لم يحضر إلى جلسة الصلح لسبب قانوني، جاز لقاضي شؤون الأسرة أن ينتقل لمعاينة الحياة الزوجية واستجواب الأقارب و الجيران في عين المكان، وهو ما نصت عليه المادة **(3/451)**[2]، و إن أقتضى الأمر إصدار أمر أو إذن إلى المحضر القضائي بالانتقال إلى المعاينة من أجل معاينة وجود الزوجة ببيت الزوجية من عدمه، وتكون المعاينة عدة مرات بصفة مفاجئة، وهذا كله من أجل التأكد من إدعاءات الزوج.

بعدما تم تبيان دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح سيتم الآن التطرق إلى دور القاضي في اتخاذ التدابير المؤقتة أثناء محاولات الصلح من خلال الفرع الثاني التالي.

الفرع الثاني

دور القاضي في إتخاذ التدابير المؤقتة أثناء محاولات الصلح

من بين التعديلات التي جاء بها الأمر رقم **02/05** المؤرخ في **27 /2005/02** هو إضافته للمادة **(57 مكرر)** التي تنص على ما يلي:" **يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة و الزيارة و المسكن**".

بهذا النص يكون المشرع قد سمح للقاضي، و أعطى لصاحب المصلحة الحق في المطالبة بما يتعلق بهذه المسائل على الوجه المؤقت إلى غاية الفصل في الدعوى المعروضة أمامه، حتى و لو كان ذلك في مرحلة الصلح، بمقتضى نص المادة **(442)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنص على ما يلي: " **...يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن. وفي**

---

[1]- المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35026، مؤرخ في 1984/12/03،**المجلة القضائية** 1989، عدد 04، ص 86 وما بعدها.

[2] - حميش حسان، مرجع سابق، ص 5.

جميع الحالات، يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق "، ونجد كذالك المادة **(444)** من القانون السالف الذكر التي تنص على ما يلي: " **يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما إتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة**"، وجاء في نص المادة 445 ما يلي:" **يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة،وحسب الظروف، أن يلغي أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي أمر بها، ما لم يتم الفصل في الموضوع هذا الأمر غير قابل لأي طعن** ".

فقد منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاضي شؤون الأسرة، بمناسبة نظره في القضايا المعروضة عليه، باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية و الوقائية أثناء سير الخصومة، مثل منح نفقة مؤقتة، حضانة مؤقتة، زيارة مؤقتة، أثاث الأطفال، أثاث الزوجة أو الزوج...الخ [1].

وقبل ذلك يتطلب الأمر الإشارة إلى ما معنى التدابير التي يمكن للقاضي أن يتخذها و تحديد مبررات استحداثها في دعاوى فك الرابطة الزوجية **(أولاً)** ثم تحديد الحالات التي يمكن اللجوء إليها **(ثانياً).**

أولاً - معنى التدابير المؤقتة و مبررات استحداثها في دعاوى فك الرابطة الزوجية :

نشير في البداية أن التدابير المؤقتة في ظل قانون الأسرة رقم **11/84**، إجراء مستحدث و مؤقت[2]، و لاسيما أثناء محاولات الصلح و هو الأمر الذي تسبب في ضياع حقوق الأولاد، من حيث النفقة أو الحضانة أو السكن أو في حقهم لرؤية أوليائهم ومن جهة أخرى طول إجراءات التقاضي في مواد فك الرابطة الزوجية أو حتى أثناء فترة الصلح والتي تعادل ثلاثة أشهر.

وعليه أثناء مدة إجراء القاضي للصلح تطرح إشكالية مصير حقوق الأولاد المادية و المعنوية، لأنه أثناء رفع الدعوى يكون الزوجين في حالة كبيرة من درجة الخلاف و الشقاق ما قد يدفعهم إلى إهمال الأولاد، و أمام هذه الوضعية تدخل المشرع الجزائري لحل هذه المشكلة باستحداثه للمادة**(57 مكرر)** من قانون الأسرة، و أسباب هذا التعديل نجدها مؤسسة على أن مسائل الأسرة لا تقبل التأخير و تقتضي السرعة و عدم التراخي[3].

---

[1] - بداوي علي، مرجع سابق، ص 353 و354. .

[2] - بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص 102.

[3] - المرجع نفسه، ص 102.

يعرف الأستاذ **أحمد شامي** التدابير المؤقتة الإستعجالية بقوله :" تلك الإجراءات أو التدابير المؤقتة و المتعلقة بقضايا لا تحتمل البطء و التأخير، في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال"[1]، ولقد منح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لقاضي شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال بنص المادة**(1/425)** ويكون بذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعل قاضي الموضوع أو الاستعجال يتحول أحدهما إلى الآخر.[2]

ثانياً- حالات اللجوء إلى التدابير المؤقتة:

خولت المادة **(57 مكرر)** القاضي إمكانية الفصل على وجه السرعة و الاستعجال، بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة سواء أثناء مرحلة الصلح أو بعدها، و في كل مراحل النزاع بصفة عامة في دعاوى فك الرابطة الزوجية و التي جاءت على سبيل المثال، ومن بين الأمور الإستعجالية التي يمكن أن تثار نجد التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة**(أ)** التدابير المؤقتة المتعلقة بالحضانة**(ب)**، التدابير المؤقتة المتعلقة بالزيارة**(ج)**، التدابير المؤقتة المتعلقة بالسكن**(د)**، التدابير المتعلقة بالأشياء الخاصة بالزوجين**(هـ)**.

أ- التدبير المؤقت المتعلق بالنفقة :

أقّر المشرع إجراءات سريعة للحصول على النفقة، لأنه جرى في الواقع المعاش أن تنتقل الزوجة الى بيت زوجها حال قيام دعوى فك الرابطة الزوجية أو قبلها، وأثناء هذه الفترة تحتاج حتماً لمن ينفق عليها لسدّ حاجيتها هي و أولادها[3]، ومن هنا كان للزوجة أن تلجأ إلى القاضي حيث أصبح يتمتع بصلاحيات قاضي الأمور المستعجلة قصد استصدار أمر على عريضة يتضمن الحكم لها ولأولادها بمبلغ من المال كنفقة، كما نصت المادة **(78)** من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي: " **تشمل النفقة : الغذاء و الكسوة والعلاج.وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة** " [4]، ريثما يصدر حكم في الموضوع أو قد يتوصل القاضي الصلح بين الزوجين.

تطبق هذه التدابير على جميع دعاوى فك الرابطة الزوجية، و للوصول إلى ذلك يتطلب من الزوجة رافعة الدعوى أن تقدم طلب ضمن عريضة مبررة و موقعة، حسب ما تقتضيه **(5/426)** من قانون

---

[1] - شامي أحمد، مرجع سابق، ص 276 و 277 .

[2] - زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص.191

[3] - بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص103 .

[4] - المرجع نفسه، ص103 .

الإجراءات المدنية والإدارية، التي منحت الاختصاص في مثل هذه الحالة إلى المحكمة الواقع في دائرتها موطن الدائن بالنفقة، وعند تحقق القاضي من جدية قيام دعوى طلاق ومن مبرراته، يستطيع حينها اتخاذ تدابير إستعجاليا مؤقتة اتجاه الزوج،بأن يقدم الزوج مبلغاً مالياً كنفقة مؤقتة لها[1]، إلى غاية صدور الحكم في موضوع دعوى.

كما أنه يجوز للقاضي الذي أمر بالنفقة إعادة النظر في قيمتها، بطلب ممن يهمه الأمر، إما بتعديلها أو إلغائها، حسب الظروف التي استدعت ذلك نظرًا للوقائع الجديدة، فالقاضي يراعي في تقديره للنفقة المؤقتة حال الطرفين و ظروف المعاش، ولهذا يمكن أن يكون التدبير المؤقت المتعلق بالنفقة موضوع تعديل، إما تلقائياً من طرف القاضي، أو بناء على طلب أحد الزوجين، أو كل شخص تتوفر فيه الصفة لحماية القصر بما فيها النيابة، وهو ذات الأمر مقرر في مختلف التشريعات[2].

ب-التدبير المؤقت المتعلق بالحضانة :

رتب قانون الأسرة في ظل المادة**(64)**أصحاب الحضانة ترتيباً جديدًا، ومنح حق الحضانة للأم ثم للأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، فإن المادة **(57 مكرر)** حددت وضع آخر بالنسبة إلى حق الحضانة في فترة مابين إقامة دعوى فك الرابطة الزوجية، وبين صدور حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية، حيث نصت على إسناد صلاحية و اختصاص الفصل في طلب الحضانة إلى قاضي شؤون الأسرة وهو نفسه قاضي الموضوع و الذي له صلاحية القاضي الاستعجال الذي يفصل بصفة مؤقتة بموجب أمر على عريضة في تدبير يخص أمر حضانة القصر.

فإذا كان أحد الزوجين أقام دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة، و كان بينهما ولد أو أكثر ممن هو في سن الحضانة، فإن الفصل في طلب إسناد حق الحضانة مقرر إلى أحد مستحقيها، في تلك الفترة

---

[1]- المرجع نفسه، ص 18 .

[2]- وهو ما نجده مقرر في التشريع المصري حيث أن التدابير المستعجلة من اختصاص رئيس محكمة الأسرة، بإصدار أمر على عريضة، و قد نصت على ذلك المادة **(10/ 4)** من القانون المصري رقم 10 لسنة 2000 على ما يلي: **"...فللمحكمة أثناء سير دعوى فك الرابطة الزوجية أن تصدر أحكام مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قضته من نفقة بالزيادة و النقصان و لا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير هذه الدعوى إلا بصدور الحكم النهائي فيها..."**

وغالبا ما تكون أثناء فترة محاولات الصلح قبل صدور حكم في الموضوع[1]، حيث يراعي القاضي مصلحة المحضون بالأخذ بعين الاعتبار سنه بين رضيع، و طفل يدرس، وطفل معاق،أو مريض، ..الخ، وبين ما إذا كانت الأم تأخذ كل الأولاد أو من بين الأولاد من يبقى مع الأب.

وعليه يمكن للقاضي مراعاة لمصلحة الأولاد القصر[2]، أن يؤمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بالحضانة، كما يجوز أن يسند مؤقتاً حضانة القاصر لأحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبينين وفقا للمادة **(64)** من قانون الأسرة، وللقاضي أن يجمع المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر و سلوك الأبوين وكما يمكن له أن يؤخذ بعين الاعتبار ما إتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدبير المؤقت.

نفس الاتجاه سلكه المشرع في التدبير المتعلق بالحضانة، إذ أجاز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة حسب الظروف أن يكون إجراء إسناد الحضانة موضوع تعديل، ما لم يتم الفصل في الموضوع إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك إما تلقائياً من طرف القاضي أو بناء على طلب من أحد الزوجين أو كل شخص تتوفر فيه الصفة لحماية القصر بما فيها النيابة العامة.

ج- التدبير المؤقت المتعلق بالزيارة :

كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الآخر، الذي لم تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقاً لمضمون المادة**(64)** من قانون الأسرة، أما بعد تعديل قانون الأسرة حيث أضاف المشرع المادة **(57 مكرر)** وكذا نص المادة **(442)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الأب و الأم أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة مسببة و موقعة إلى قاضي شؤون الأسرة قصد استصدار أمر على عريضة، فيفصل القاضي بموجب أمر و يمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي

---

[1] - بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص19، جعل فالمشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار وأعطى للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، وخير دليل على ذلك الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18 والذي جاء فيهما يلي: "**...من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا –في قضية الحال- أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع أعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن...**".

لم تسند له الحضانة، من يوم رفع دعوى فك الرابطة الزوجية ولاسيما أثناء فترة الصلح إلى غاية أن يفلح الصلح أو أن يصدر حكم في الموضوع [1].

إذا كان الولد عند حاضنته أو حاضنه أو غيرهما، فليس من حق من تقررت الحضانة لمصلحته أن يمنع الزوج الآخر أو من له الحق من رؤية وزيارة الأولاد، غير أنها لا تجبر على إرساله إلى مكان إقامته، بل يكفي إخراجه إلى مكان يمكن من خلاله رؤيته، و إن كان عند أبيه فيجب عليه أن يمكنها من رؤية المحضون على الوجه السابق الذكر، كما هو محدد في أمر الزيارة، لأن مرد ذلك تمتع كل من الزوجين بالحق على الولد، فلا يملك أحدهما إبطال حق للأخر و من أجل ذلك يحق لأي واحد من مستحقي الحضانة أن يتقدم بطلب إلى قاضي شؤون الأسرة في الفترة التي تلي رفع الدعوى[2]، و لاسيما أثناء فترة إجراءات الصلح[3]، و الحكمة من هذا التعديل هو مراعاة الجانب النفسي و المعنوي للمحضون و لاسيما أنه أثناء الدعوى قد يمنع أحد الزوجين من زيارة المحضون انتقاما منه عن رفعه الدعوى ضده [4].

د -التدبير المؤقت المتعلق بالسكن :

لم يستثنِ المشرع في تعديله الحق المؤقت في السكن، و هي مسألة في غاية الأهمية والغالب في الواقع أن الزوجة و الأولاد هم الذين يعانون من مشكلة السكن، لأن الزوجة عادة ما تخرج من مسكن الزوجية و تأخذ أولادها، لتجد نفسها أمام واقع اجتماعي لا يرحمها أحد، فقد يأبى أقرب الناس إليها إيوائها هي و أبنائها[5]،و لما كان الأمر كذلك كان للزوجة أن تقدم طلباً مؤقتاً في مسألة سكنها و سكن أبنائها أثناء فترة طلبها للحكم بالطلاق أو بالتطليق، ولا سبيل إلى ذلك إلا باللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر على عريضة للحصول على مسكن ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع [6] .

---

[1]- بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص 20 .

[2]- المرجع نفسه، ص 104.

[3] - يتم استصدارهطبقاً للشروط و المواد (**310**) و ما يليها .

[4]- طاهري حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعم باجتهاد المحكمة العليا و المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05، مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية، دار الخلدونية الجزائر 2009، ص 174، أنظر أيضا:- بن جناحي أمينة، المرجع نفسه، ص 104.

[5]- شامي أحمد، مرجع سابق، ص 280 الى 285 .

[6]- بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص 18

يكمن دور قاضي شؤون الأسرة في الفصل على وجه الاستعجال في الطلب المتعلق بالتدبير المؤقت المتعلق بالسكن، بعد التحقق من مبرراته، بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد هذا خروجا عن القواعد العامة المقررة في المادة **(312)** من قانون الإجراءات المدنية، لكن هذا ليس على إطلاقه لأنه و بمقتضى نص المادة **(445)** تنص على ما يلي**: " يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة أن يلغي أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي أمر بها، ما لم يتم الفصل في الموضوع، هذا الأمر غير قابل لأي طعن ".**

يمكن قاضي شؤون الأسرة وفي كل الأحوال أثناء إجراءات الصلح أن يأخذ بعين الاعتبار ما إتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة [1]، سواء المتعلقة بحضانة الأولاد أو النفقة أو السكن أو الزيارة أو أي مسالة أخرى، و هنا لا يتعلق الأمر بالطلاق بالتراضي، فالمشرع لم يتناول ذلك في الإجراءات الخاصة به، ومن جهة أخرى الزوجين متفقين على كل شيء مثلاً الزوجين إطارين من أجل مصلحة أولادهما و عدم إقحامهم في المشاكل، فيتفقان على و ضع الأولاد عند أحد أقاربهما، فالقاضي يراعي ما اتفاقا عليه فيتخذ القاضي التدبير بناء على اتفاق الطرفين،لأنه ممكن أحد الزوجين يطلب من القاضي تدبير و الزوج الأخر يوافق غلى ذلك التدبير لا سيما ما يتعلق بمصالح القصر.

إذا إتخذ القاضي التدبير وجب على الزوجين احترام هذا التدبير، غير أنه عند ظهور وقائع جديدة له أن يلغي أو يعدل أو حتى يتمم التدابير المأمور بها وهذا كله يتوقف على شرط مفاده أن لا يكون القاضي قد فصل في موضوع النزاع، و يكون الأمر الصادر في هذا التدبير بعد إلغائه أو تعديله أو تتميه غير قابل لأي طعن أيضاً. ماعدا في حالة ظهور وقائع جديدة طرأت على أحد الزوجين كأن يتصالحا أو أو يتوفى أحدهما أو يصبح غير قادر على الإنفاق أو أنه تسقط عليه الحضانة ...الخ.

هذه أهم المسائل التي يمكن للقاضي بشأنها أن يتخذ تدابير مؤقتة حفاظاً على الحقوق المتعلقة بالنفقة والحضانة و الزيارة بالإضافة إلى المسكن إلا أن هذه التدابير ليست على سبيل الحصر و إنما وردت على سبيل المثال فالقاضي أن يتخذ ما بدى له من تدابير [2] يفرضها واقع القضية و الظروف المحيطة بها .

---

[1] - أنظر المادة(**444)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] - وبالرجوع إلى المادة **(450)** من نفس القانون نجد المشرع ينص على التدابير التي يراها لازمة للتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق، وكذلك في المادة **(451)** من نفس القانون تنص على التدابير التي يراها القاضي ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة أو الانتقال إلى المعاينة، أو القيام بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي ونجد

هـ- التدابير المتعلقة بالأشياء الخاصة بالزوجين :

ومن بين المسائل الأخرى التي قد تطرح وتكون ذات طابع مستعجل ومؤقت، ويمكن أن يتخذ بشأنها تدابير بموجب أوامر على عرائض أثناء سير الدعوى، نجد أموال الزوجين المشتركة وخوفاً من أن يستغل الزوج الأخر الوضع و يتصرف فيها مضرًا بالطرف الأخر يقدم أحد الأزواج أمر على عريضة يفصل من خلاله القاضي بتدبير مؤقت، في كل ما من شأنه أن يحمي المصالح أثناء الخصومة، و لا سيما أثناء فترة الصلح من أجل ضمان محافظة على حقوق الزوجين.

فيمكن أن تترك الزوجة محل الزوجية بسسب وقوع خلاف، فبناء على طلب منها يتخذ القاضي تدابير يلزم الزوج أن يمكنها من متاعها وحاجيتها وغيرها من الأشياء الشخصية فيكون بذلك- متاع الزوجين- من بين المسائل المستعجلة التي تتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة بشأنها خلال هذه المدة،خوفاً من تبديدها من طرف الزوج الأخر[1].

مما سبق نجد أنه على خلاف القانون الجزائري، المشرع المغربي أوكل النيابة العامة مهمة التنفيذ الفوري على الأصل للتدابير المنصوص عليها في المادة **(121)** من مدونة الأسرة، وذلك في انتظار صدور حكم في الموضوع، لما لهذه التدابير من أهمية قصوى في حماية الأسرة، وخاصة الزوجة والأطفال في تدبير زيارة الأبناء أو حضانتهم المؤقتة، أو دراستهم و غيرها من التدابير المؤقتة [2]،لأنه في غالب الأمر أو أصلاً الزوجين متنازعين أو كلاهما يتخلى عنهما، فالتدابير المنصوص عليها في المادة **(443)** هي تدابير متعلقة بالآثار المتعلقة بالأسرة و لاسيما القصر، هدف هذه التدابير المحافظة على الأسرة مؤقتاً في انتظار الحكم و الفصل في القضية نهائيا، وإذا تبينت وقائع جديدة يمكن للقاضي تعديل

أيضا المادة **(460)** التي تمكن القاضي ومن أجل مراعاة مصلحة القاصر أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية .

[1]- تبودشت نعيمة، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2000 السنة الجامعية، ص 206و 207 .

[2]- محمد عبد المحسن البقالي الحسني، دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة، محاضرة ألقيت في محكمة الاستئناف بطنجة، المغرب، http://www.elkanoon.com/، ص 7.

التدبير، ومن حقه أن يتراجع لأن القضية قضية ظرف ومستجدات تجعل القاضي يراجع و يغير التدبير حسب الظرف مراعيًا في ذلك دائما ما يحقق مصلحة الأسرة[1].

وعليه التدابير المؤقتة حماية للزوجين والأطفال، و بعد الفصل في الموضوع يزول ذلك التدبير لأنه بالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية نجد أنه في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء و تعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة و الأطفال تلقائيا أو بناء على طلب أحد الزوجين، إلى غاية صدور الحكم في الموضوع بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربه أو أقارب الزوج[2].

نستنتج أن التدابير في المغرب إما أن يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه، أو بطلب من الأطراف، أما القانون الجزائري ومن خلال المادة **(442)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاءت على سبيل الجواز، حيث يجوز للقاضي اتخاذ ما يراه لازماً من التدابير أثناء فترة الصلح [3]، دون أن يوضح ما إذا كان لابد من تقديم طلب من أحد الأطراف؟، فعلى سبيل المقارنة نجد المشرع المغربي منح إمكانية اتخاذ التدابير إما بمبادرة من القاضي أو بطلب من الأطراف، أما النص الجزائري غير واضح فهل يعني ذلك أن القاضي يتخذه من تلقاء نفسه أم لا بد من أن يطلب الأطراف ذلك ؟.

لكن بما أن الأمر يتعلق بمجرد إجراء تحفظي مؤقت يمكن أن يطلبه الخصوم، و للقاضي أن يقضي به إذا رأى ذلك و له سلطة في تقدير مدى ضرورة اتخاذ التدبير من عدمه. و لا سيما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعدما تبنى المشرع النظرية الحديثة و التي تقول أن للقاضي دور في الخصومة، فله أن يتخذ ما يراه مناسباً، مثلا الزوجين أثناء الصلح كأن تدعي الزوجة أن زوجها لم ينفق

[1]- يمكن أن يكون هذا الإجراء موضوع تعديل، إذ تطلبت مصلحة القاصر ذلك إما تلقائياً من القاضي، أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة، أو كل شخص أخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر، وكما يجوز للقاضي إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية أو الحضانة كلياً أو جزئيا، و كذلك في المادة **(467)** يمكن للقاضي قبل الفصل في الموضوع أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القصر و هذا الأمر غير قابل لاي طعن .

[2]- أنظر المادة **(121)** من مدونة الأسرة المغربية فيما يتعلق بالتدابير المؤقتة و التي تنص على ما **يلي:" في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال تلقائياً أو بناءًا على طلب، وذلك في انتظار صدور حكم في الموضوع بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فورًا على الأصل عن طريق النيابة العامة."**

[3]- وردت هذه التدابير في الفرع الثالث في الصلح المواد **(439)**ما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

عليها وعلى أولادها أو أنهم في الشارع وأنه أهملهم يتدخل القاضي فيتخذ تدبير مؤقت في هذا المجال استنادا إلى المادة (**424**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتكفل قاضي شؤون الأسرة بالسهر على حماية مصالح القصر فيمنحهم نفقة مؤقتة أو سكن مؤقت، أوقد يتبين أثناء جلسة الصلح أن للقصر أموال و حسابات جارية و بالتالي خوفا من التصرف في تلك الأموال و بالتالي القاضي يتخذ تدبير مؤقت في عدم التصرف في أموال القصر .

لكن يطرح الإشكال بين نص المادة (**57مكرر**) من قانون الأسرة، و المادتين (**442**) و (**310**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،لأن نص المادة (**57مكرر**) تعالج مسألة اتخاذ تدبير بناء على طلب أحد الأطراف قصد استصدار أمر على عريضة على وجه الاستعجال،(سواء تعلق الأمر بالنفقة المؤقتة أو الزيارة ..الخ)، و لا يهم إذا كان النزاع حول فك الرابطة الزوجية قائم أم لا[1]؟، فقد يستجيب القاضي كما قد لا يستجيب؛ وهذا النوع من التدابير الذي يتخذ في شكل أمر على عريضة يقبل الاستئناف، في حالة الرفض.

لكن بالنسبة للتدبير المؤقت المنصوص عليه في المادة (**442**) لا يمكن أن يتخذه القاضي، إلا إذا كان هناك نزاع مطروح عليه، ولا سيما في جلسة الصلح و ليس بالضرورة أن الأطراف هم الذين سيطلبونه، فقد يقوم القاضي من تلقاء نفسه بناء على تصريحات الأطراف و ما يجري أمامه في جلسة الصلح، و هذا النوع من التدابير لا تقبل أي طريق من طرق الطعن.

عند ملاحظة النصين الإجرائيين السالفين الذكر، يوهم بأن هناك تناقض بينهما أو أن النص اللاحق ألغى ضمنياً النص الأول، غير أنه لا يوجد تناقض و لا تعارض كلاهما تدابير مؤقتة و كلاهما قاعدتان إجراءين لكن المادة (**442**) يكون إعمالها أثناء رفع الدعوى و لا سيما فترة الصلح، أما المادة (**57مكرر**) من قانون الأسرة التي تخص أحد الأطراف الذي يتقدم بطلب إلى القاضي، لا يشترط أن يكون هناك نزاع قائم أمام القضاء وكما و قد تكون أثناء رفع الدعوى، لكن أحيانا تطرأ على الخصومة بصفة عامة، وعلى إجراءات الصلح بصفة خاصة عوارض والتي من شأنها التأثير على إجراءات الصلح، وهو ما سوف نتعرض له من خلال الفرع الثالث التالي.

---

[1]- بناء على نص المادة(**57 مكرر**) يمكن للجدة خارج دعوى فك الرابطة الزوجية أن تقدم طلب من اجل استصدار امر لزيارة أحفادها بعد وفاة ابنها .

الفرع الثالث

عوارض الخصومة الطارئة على إجراءات الصلح

قد تطرأ على الخصومة بصفة عامة وأثناء جلسات الصلح بصفة خاصة طارئ أو ما يمسى عوارض الخصومة[1]، سواء فيما تعلق الأمر بالجانب الموضوعي للصلح**(أولاً)**، أو فيما تعلق بالجانب الإجرائي له**(ثانيا)**.

أولاً - أثر وفاة أحد الزوجين على الجانب الموضوعي للصلح

قد يحدث أن يتوفى أحد الزوجين، في مرحلة الصلح سواء في دعوى الطلاق بإردة الزوج المنفردة (أ)،أو في دعوى التفريق القضائي –الخلع و التطليق و طلاق بالتراضي -**(ب)**.

أ- وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعوى طلاق الزوج بإرادته المنفردة:

إن الزوج له حق إرادي، يتمثل في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة**(48)** من قانون الأسرة كحق مقرر شرعاً و قانوناً و مكفول قضاء، فيرفع دعوى قضائية لأجل إثبات ذلك المركز القانوني الذي أوجده، وتكون القضية في مرحلة محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة، والتي قد يتصادف أثنائها أن يتوفى الزوج أو أحدهما ذلك قبل إتمام إجراءات محاولات الصلح وقبل صدور الحكم المثبت لهذا الطلاق[2].

فالسؤال المطروح كيف يتصرف القاضي؟، هل يقضي بانقطاع أو بسقوط الخصومة؟، أو هل يقضي بأحدهما بالإضافة إلى إثبات الطلاق إذا ادعى الزوج قبل و فاته أنه طلق أو ذكر في عريضته أنه طلق، وفي حالة ما إذا لم يذكر بماذا يحكم القاضي؟، و خصوصًا أنه أحيانا لا يتأكد القاضي هل طلق أو لا ؟، وما أثر ذلك على الدعوى المرفوعة ؟.

---

[1]- نظم المشرع عوارض الخصومة في المواد **(207)**إلى **(240)**من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[2]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع السابق، ص 172.

نجد قضاء المحكمة العليا قضت في قرار صادر عنها بتاريخ **2011/11/10** بالمبدأ الأتي :" **تؤدي وفاة الزوج، بعد رفعه دعوى الطلاق إلى انقضاء الخصومة و ليس الانقطاع الخصومة. لا يحق لا للورثة وللقاضي تغير موضوع دعوى الزوج من إيقاع الطلاق إلى تثبيته بأثر رجعي"[1].**

وعليه نستنتج أنه في هذا الصدد تجدر الإشارة إن على القاضي أن يتنبه إلى الطلب القضائي لطالب فك الرابطة الزوجية، بناء على الإرادة المنفردة طبقا لنص المادة (**48**)من قانون الأسرة، بين ما إذا تعلق الطلب بإيقاع الطلاق أو إثباته، لأنه قد تحصل الوفاة بعد ما ترفع دعوى فك الرابطة الزوجية ويتزامن والقضية في مرحلة إجراء محاولات الصلح، حيث تختلف الآثار فالطلب القضائي المقدم من الزوج رافع الدعوى يدخل في إطار انحلال الرابطة الزوجية، فإما أن يكون طلبه إثبات واقعة الطلاق، وإما أن يكون طلبه الرغبة في فك الرابطة الزوجية.

فالمدعي هو الذي يحدد نطاق الخصومة من حيث الأشخاص و الموضوع و السبب، و أن قاضي شؤون الأسرة وهو قاضي موضوع، مقيد بموضوع الدعوى و لا يملكه تغيره و الحكم في غير الموضوع المطروح عليه، فهذا الزوج إما أنه أوقع الطلاق بتاريخ سابق لرفع الدعوى وتكون العدة قد انقضت، أو أنه رفع دعوى طلاق على زوجته، فيجب على القاضي أن يلتفت إلى طلب الزوج المحدد والمذكور في العريضة، ويتأكد منه شخصياً عند حضوره إلى جلسة الصلح[2]

فمتى كان ثابتاً من الزوج الذي لم يدع وقوع الطلاق ولم يطالب بإثباته وإنما طالب إيقاعه، والرغبة في الطلاق مما يفيد أنه لم يتلفظ بالطلاق بعد، لأن العبرة بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة المعروضة عليه الدعوى التي أقامها الزوج المتوفى أثناء فترة ثلاثة أشهر المخصصة لإجراء الصلح، استهدفت الرغبة في إيقاع الطلاق ولم تستهدف إثبات واقعة الطلاق بأثر رجعي،لأن الطلاق يعتبر من الحقوق الإرادية الشخصية والتي لا تقبل الانتقال، مما يعني أن الخصومة انقضت بوفاة المدعي، طبقاً للمادة (**220**) من نفس القانون التي تنص " **تنقضي لخصومة تبعا لانقضاء الدعوى...يمكن ان تنقضي الخصومة بوفاة أحد الخصوم، ما لم تكن الدعوى قابلة للانتقال".**

أما إذا كان الزوج طالب فك الرابطة الزوجية لم يصرح بعد بالطلاق، وأثناء جلسة الصلح صرح بالطلاق أمام كل من زوجته والقاضي و الكاتب عن حل الرابطة الزوجية، ففي هذه الحالة يكون الزوج

---

[1] - ولمعرفة أسباب قضاء المحكمة العليا <u>انظر</u>: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 2653324 مؤرخ في2011/11/10، <u>**مجلة المحكمة العليا**</u>، عدد 02، 2012، ص 238 إلى 241.

[2] _إعمالاً لنص المادة (**450**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

صرح لأول مرة بالطلاق في جلسة الصلح الأولى أو الثانية، ثم توفي مباشرة ولم تنقض فترة محاولات الصلح المحددة بثلاثة أشهر، قبل إتمام إجراءات محاولات الصلح وقبل صدور الحكم المثبت لهذا الطلاق، وبالتالي حينئذ يتعين على القاضي أن لا يصدر حكماً بانقضاء الدعوى دون الالتفات إلى هذا الطلاق الذي أوقعه الزوج أو إلى العدة المنجرة عنه[1].

ليس على القاضي أن يصدر حكم بانقضاء الدعوى على أساس الوفاة، لأنه في حقيقة الأمر الرابطة الزوجية حلت بالطلاق قبل الوفاة، و منه يجب في مثل هذه الحالات أن يثبت الطلاق الذي أوقعه الزوج ليسجل في الحالة المدنية طبقاً للمادة **49** الفقرة الأخيرة، و وذلك بعد مراقبته للعدة فيما إذا انقضت أم لا ؟، خاصة إذا كانت تتوافق وتتطابق مع مدة الصلح و كل أحكام الميراث،الرجعة، النسب، أو حتى تحول العدة بحد ذاتها، من عدة طلاق إلى عدة الوفاة[2].

و بالنسبة للعديد من القانونين و الباحثين، يرون أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، لا يعتد به حتى و لو صرح به الزوج أمام قاضي شؤون الأسرة عدة مرات أثناء جلسات الصلح طالما لم يصدر حكم قضائي من القاضي يقضي بذلك[3]، معتقدين مادام أنه إذا توفي أحد الزوجين خلال فترة الصلح، فإن القاضي سوف يصدر حكم بانقضاء الخصومة بسبب وفاة أحد أطراف الدعوى -الزوج أو الزوجة-، طبقاً لنص المادة (**2/220**)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و خاصة وأن نص المادة **(25)** من قانون المدني التي تنص على ما يلي:" **تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، و تنتهي بموته**" وبذلك لا يأخذون بعين الاعتبار واقعة الطلاق التي وقعت خارج ساحة القضاء، أو بالأحرى واقعة الطلاق التي شهدها القاضي بحد ذاته مع كاتبه وأحد الأزواج خلال جلسة الصلح .

إن الأخذ بهذا الرأي، سيؤدي حتماً إلى بروز عدة تناقضات، ويطرح إشكال كبير فيما بعد، لأن إغفال إثبات الطلاق الواقع الذي يؤثر لاسيما في مسألة استحقاق الإرث أو العدة كون الرابطة الزوجية حلت بالطلاق قبل الوفاة، و نفس الموقف اتخذته المحكمة العليا[4]، ومنه إذا توفي أحد الزوجين خلال

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية مرجع سابق، ص 172 .

[2] - المرجع نفسه، ص 173 .

[3] - المرجع نفسه، ص 191 .

[4] - **حيث أنه يتبين بالاطلاع على حيثيات الحكم موضوع الطعن أن المدعي الأصلي الذي كان لا يزال على قيد الحياة أثناء سير دعوى الحال قد تمسك بالطلاق الذي طالب به، وأثناء جلسة الصلح التي انعقدت تبين جلياً بأن الزوج كان متمسكاً بالطلاق، وحينما استجابت محكمة الدرجة الأولى لطلبه و قضت بالطلاق فان الحكم جاء متماشياً مع القانون ومع أحكام الشريعة الإسلامية،**

محاولة الصلح، استحق الحي منهما الإرث كون أن الزوجية تكون قائمة حكما في حالة الطلاق الرجعي أو قائمة حقيقة في طلاق القاضي، الأمر الذي يتماشى ونص المادة 126 من قانون الأسرة ، فالأمر يتوقف على القاضي الذي يجب عليه أن يتأكد من أن عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد.

فإذا توفي الزوج الذي هو في مرض الموت أثناء سير دعوى الطلاق ولم يكن تلفظ بالطلاق قبل تمام فترة الصلح ، تنقضي دعوى الطلاق و تصبح الزوجة في حكم الأرملة فكان الاجتهادالقضائي للمحكمة العليا واضحا في هذه المسألة حيث جاء في القرار ما يلي: "على أنه إذا توفي الزوج أثناء سير دعوى الطلاق فتنقضي دعوى الطلاق و تصبح الزوجة في حكم الأرملة و لها الحق في الميراث طبقا للأحكام المواد التالية : المادة 47-132 من قانون الأسرة ، و المادة 25 من القانون المدني ."[1].

بعدما تناولنا أثر وفاة في طلاق الزوج، فهل نفس الشيء يقال عند وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعوى التفريق القضائي ؟

ب- وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعاوى التفريق القضائي الأخرى:

قد تحصل الوفاة بعد ما ترفع دعوى فك الرابطة الزوجية، بطلب من الزوجة في حدود المادتين **(53)** و **(54)** من قانون الأسرة، أو ترفع بناء على إرادتي الزوجين المشتركة، وتكون القضية في مرحلة محاولات الصلح، هنا لا يوجد إشكال بما أن حكم التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي حكم منشئ ولا وجود لهذه المراكز، إلا من يوم صدور حكم القاضي.

و بالتالي مدام وفاة أحد الزوجين حصلت أثناء فترة الصلح سواء في جلسة الصلح الأولى أو الثانية أو غيرها لا يوجد إشكال، لأن الفرقة و كل الآثار المترتبة عنها لا تترتب، إلا من يوم صدور الحكم القضائي، فلا تطرح هاهنا مسألة العدة وبالتالي يستحق الحي منهما الإرث،لأن الزوجية تكون قائمة لحظة الوفاة و انحلال الرابطة الزوجية كان وفقا للحالة الطبيعية و الخارجة عن إرادة الأطراف طبقا للمادتين **(25)** من القانون المدني و**(47)** من قانون الأسرة، وفي هذه الحالة أسباب الإرث متوفرة،لأن الزوجة كانت قائمة حقيقة لحظة الوفاة وتعتد الزوجة عدة المتوفى عنها زوجها ،

باعتبار أن العصمة الزوجية بيد الزوج، مما يتعين رفض الوجه والطعن.."، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0698878، مؤرخ في 2012/06/14، **غير منشور**

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 352557، مؤرخ في 2006/1/4، **غير منشور**.

<u>أنظر أيضا</u> :- غضبان مبروكة، مرجع سابق، ص 61.

أما فيما يخص الدعوى على القاضي أن يصدر حكم بانقضاء الدعوى على أساس الوفاة، لأن الرابطة الزوجية حلت بالوفاة طبقاً للمادة(**47**) السالفة الذكر التي تنص على ما يلي:" **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة** "، فإن الخصومة تكون بذلك قد انقضت بوفاة المدعي ولا يصح اعتبار الخصومة في حالة انقطاع .

ثانياً -العوارض المتعلقة بالجانب الإجرائي للصلح:

كذلك من العوارض التي تلحق الخصومة القضائية، عوارض الشطب(أ)، وعوارض التنازل عنها(**ب**)

أ- شطب دعاوى فك العصمة لعدم حضور المدعي:

يستشف من نص المادة (**216**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الذي جاء على محمل الجواز أنه يمكن للقاضي بصفة عامة و قاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة أن يأمر بشطب القضية بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي أمر بها كما يمكن له الأمر بشطب القضية بناء على طلب مشترك من الخصوم، طبقاً لنص المادة (**216**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وفي هذا الصدد نميز بين دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة (**1**)، ودعاوى طلاق القاضي(**2**).

1- في طلاق الزوج:

في حقيقة الأمر رغم أن شطب القضية، هو إجراء قانوني ذو طابع جوازي و ليس إلزامي بالنسبة للقاضي، إلا أنه لا يمكن تطبيق هذا النص بالأخص دعوى فك الرابطة الزوجية، عن طريق الإرادة المنفردة للزوج، لاسيما عندما يصرح الزوج بالطلاق، و يؤكد على ذلك في العريضة الافتتاحية للدعوى وفي مقابل ذلك يأمر القاضي بحضور المدعي والمدعى عليه بالحضور إلى جلسة الصلح التي يجريها.

قد لا يحضر المدعي الزوج في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، لأنه قد يحول طارئ دون وصوله وحضوره إلى جلسة الصلح في الوقت المحدد لها، بسب تأخر وسيلة النقل أو ازدحام المواصلات أو لمرض أو للبحث عن قاعة إجراء محاولة الصلح أو لسبب آخر، فنجد فريق من القضاة يعمدون إلى تطبيق نص المادة (**216**)، ويحكمون بشطب الدعوى فورًا، مما يؤدي حتماً إلى عواقب وخيمة تضر بالأسرة دون أن يلتفتوا إلى الطلاق الذي قد وقع و إلى العدة التي تسري من التاريخ الذي تلفظ الزوج بالطلاق فيه، ومن جهة أخرى يفوت الفرصة على الزوجين في إصلاح ذات البين، و كذا انقضاء فترة العدة وتحول طبيعة الطلاق من طلاق رجعي إلى طلاق بائن.

لا ننسى مصير هذا الطلاق الذي أحدثه الزوج، و لا يخفى على أحد أنه عند إصدار القاضي للحكم بشطب الدعوى، فإنه لم و لن يتطرق للطلاق أصلاً، وفي غالب الأحيان لا يطلع أصلاً على فحوى و موضوع الدعوى[1]، الأمر الذي يجعل الزوجين الأجنبيين مجتمعين وهو حرام شرعاً، وهذا ناتج عن الآثار التي يرتبها الشطب ولاسيما عند عدم انتباه القاضي إلى مضمون الطلب القضائي.

يحدد المدعي نطاق الخصومة من حيث الأشخاص والموضوع والسبب، ولا يملك لا القاضي الحكم في غير الموضوع المطروح عليه، فيجب على القاضي أن يلتفت إلى طلب الزوج المحدد والمذكور في العريضة فيما إن كان متعلقا بطلب الطلاق -أي أنه رفع دعوى يطلب الطلاق من زوجته- و لم يدع وقوع الطلاق ولم يطالب بإثباته وإنما طالب إيقاعه والرغبة في الطلاق، مما يفيد أنه لم يتلفظ بالطلاق بعد لأن العبرة بالنسبة للقاضي المعروض عليه الدعوى طلب ورغبة الزوج في إيقاع الطلاق أو يستهدف طلبه إثبات واقعة الطلاق بأثر رجعي.

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه إلى القول أنه" لابد من التفرقة بين ما هو حق للعباد وما هو حق لله تعالى، فإن كان للقاضي حق شطب الدعوى لعدم حضور أحد الأطرف، غير أن ما تعلق بحق الله تعالى فلا حق للقاضي بشطب الدعوى إلا بعد التحري و التحقيق إن كان قد وقع الطلاق [2]، فإذا وجد أن الطلاق قد وقع يثبته و لا يشترط في وقوعه أن يقع أمام القاضي[3].

غير أن العمل القضائي انقسم في هذا الشأن إلى فريقين، فريق من القضاء يرى بضرورة شطب دعوى الطلاق المرفوعة من طرف الزوج طبقاً لنص المادة **(216)** على أساس أن محور الدعوى، يدور حول فك الرابطة الزوجية وأن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لجلسة الصلح بتاريخ معين، إلا أن الزوجين تغيبا فتؤجل المحكمة الدعوى إلى تاريخ لاحق لنفس الغرض، إلا أنه كان بدون جدوى، وطالما يجب حضور الزوج الذي يطالب بفك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصياً تحت طائلة عدم قبول دعواه وفقا لما استقر عليه القضاء، و يستندون إلى قرار المحكمة العليا المؤرخ في **2009/1/14** تحت رقم **474956**[4]، بينما فريق أخر من القضاة لا يلجؤون إلى شطب القضية إذا لم يحضر رافع

---

[1] - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 161و 162 .

[2] - المصري المبروك ، مرجع سابق، ص 552.

[3] - المرجع نفسه، ص 551.

[4] - أنظر في ذلك الحكم الصادر عن محكمة عين تموشنت مجلس قضائي سيدي بلعباس، تاريخ الحكم 12/12/12 تحت رقم 02373/12، **غير منشور.**

الدعوى، لأنهم يعتبرون ذلك رفضاً للصلح. وأنه مجرد إجراء على القاضي استيفائه و يكون ثابتا في المحضر، وهذا ما كان مستقر عليه سابقاً من طرف المحكمة العليا، حيث نجد إحدى هذه القرارات الصادرة بتاريخ **1999/03/16**، تضمنت حيثياته ما يلي**:"... لكن حيث أن الحكم المطعون فيه القاضي الأول لم يغفل محاولة إجراء الصلح بل استدعى المدعى عليه وحدد جلسة للقيام بالإجراء المذكور وأجلت القضية وحددت جلسة خاصة لإصلاح ذات البين، غير أن المدعي تغيب عمدًا عن جلسة الصلح وبذلك تكون المحكمة قد قامت بمحاولة إجراء الصلح وغياب المدعى عليه جلسة المصالحة مما يفند عدم رغبته في الصلح... "**[1].

وعليه يستحسن تفادي الشطب في قضايا فك الرابطة الزوجية، و لاسيما و أن المشرع جعل من هذا الإجراء إجراء جوازي عند عدم القيام بالإجراءات التي أمر بها القاضي، فلا يعتبر الشطب في حد ذاته من النظام العام[2]، فالقاضي مخول قانوناً لذالك، ومن جهة أخرى أن لا يقضي بالشطب و إنما يقوم باتخاذ إجراءات أخرى[3] والتي ورد ذكرها في نص المادة (**441**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا استحال على أحد الزوجين و لاسيما المدعي الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، و لذلك وأضحى على النيابة العامة والتي تعتبر طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 217179، مؤرخ في 1999/03/16، **المجلة القضائية**، عدد خاص،2001، ص 123 .

[2]- كان الشطب سابقاً جزاء لغياب المدعى عن الجلسة الأولى دون مبرر شرعي، غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد حالات الوقف على سبيل الحصر في حالتي إرجاء الفصل و شطب القضية من الجدول، طبقاً لنص المادة(**213**) منه وأعطى للشطب مفهوم جديد بنص المادة (**216**) منه، فللقاضي سلطة في وقف الخصومة عن طريق الشطب في حالة تماطل الأطراف عن القيام بالإجراءات التي أمر بها، و بذلك لم يعد الشطب جزاء لعدم الحضور و إنما جزاء مخالفة الأوامر التي أمر بها القاضي أثناء سير الخصومة، **أنظر**: - حمدادو لمياء، مرجع سابق، ص 118..

- فعندما يقضي القاضي بالشطب فيعتبر ذلك أمر و لائيا موقفا للخصومة و ليس حكما سابقا في الفصل وللمدعي إعادة رفع دعوى من جديد وقد يكون الشطب اتفاقيا بين الخصمين عن طريق تقديم طلب مشترك

[3]- في إطار الدور الإيجابي للقاضي يطبق نص المادة (**450**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهو الرأي السليم والتي تخول القاضي اتخاذ التدابير التي يراها مناسبة و ضرورية من أجل الكشف عن الإرادة في طلب الطلاق ولا يحكم بشطب الدعوى مباشرة .

بموجب نص المادة 3 مكرر أن تتدخل و تعترض على شطب دعوى طلاق بالإرادة المنفردة أخذا بعين الاعتبار الطلاق الحاصل والذي يؤكده المدعي في عريضته الافتتاحية ، ولكي يحسب من عدد الطلقات و ذلك تفاديًا للإشكال الذي يطرح بعد الحكم بالشطب فيما إن كانت الزوجية قائمة أم لا، إذا حدث وأن توفي الزوج هل تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أم لا ؟، و هل يتوارثان أم لا.

2- في طلاق القاضي:

نجد في دعاوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في حدود المواد **(53)** و**(54)** من قانون الأسرة أو بطلب من الزوجين حسب المادة **(48)** من نفس القانون، أنه لا يوجد إشكال في حالة شطب القضية، لأن الآثار تكون أقل حدة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع أو التطليق أو الطلاق بالتراضي أو الطلاق قبل البناء، لأن العلاقة الزوجية لا تزال قائمة و لم تنحل بعد وأن العدة لا تترتب إلا بعد فك الرابطة الزوجية.

وفي اعتقادي أن شطب الدعوى نجده مؤسس في حالة واحدة عندما يكون رافع الدعوى غير الزوجين، كأن يرفعها الأولياء أو شخص آخر، حيث يكون الشطب مؤسس في هذه الحالة لأن طالب فك الرابطة الزوجية ملزم بالحضور للتأكد من إرادته.

ب- الأثر المترتب على التنازل عن الدعوى على إجراءات الصلح:

تنص المادة **(220)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي:"**تنقضي الخصومة تبعاً لانقضاء الدعوى.أو بالتنازل عن الدعوى**"، ونجد المادة **(221)** على ما يلي: "**و تنقضي الخصومة أصلاً بسبب سقوطها أو التنازل عنها..** "، يعرف التنازل بأنه إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة، و لا يترتب عنه التخلي عن الحق في الدعوى، و يتم التعبير عنه كتابة أو بتصريح يحرره رئيس أمناء الضبط، وتضيف المادة **(232)** ما يلي:" **يكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعي عليه...**" ، وتنازل المدعي عن الخصومة بالصلح يقتضي الموافقة عليه من طرف المدعى عليها في نفس الجلسة، وهو الثابت في من خلال المحضر المحرر، و طبقاً لنص المادة **(220)** يتعين على القاضي التصريح بانقضاء الخصومة بالصلح.

إن التنازل عن الدعوى، أمر مقبول و مستحسن في الكثير من الحالات و يمكن إدخاله حتى في إطار التخفيف من أعباء القضاء، لأنه كثيًرا ما يتصالح الأطراف خارج قطاع العدالة في أي مادة كانت ومنه لا داعي لاستصدار حكم قضائي بشأن هذه الخصومة التي تم التصالح فيها، فما على المدعي إلا تقديم طلب لأجل استصدار حكم يقضي بالتنازل عن الخصومة، بيد أن إعمال هذا النص بشكل مطلق

وتطبيقه على كافة أنواع الدعاوى القضائية بما فيها دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، يؤدي حتما إلى الاصطدام بأحكام تتعلق بالنظام العام، الأمر الذي يخلق و وضعيات و حالات مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء ولأحكام قانون الأسرة .

ففي حقيقة الأمر إن كان التنازل أو ترك الخصومة إجراء منطقي و لا تترتب عنه أثار في دعاوى طلاق القاضي بالتراضي أو التطليق أو الخلع، إلا أن الأمر يختلف تماما إذا تعلق الأمر بدعوى طلاق بإرادة الزوج المنفردة وكان الزوج قد أوقع الطلاق و بقيت مسألة إثباته فقط، فمن غير الجائز تجاهل ذلك بل لابد على القاضي عندما يرى أن الزوج المدعي الذي أوقع الطلاق، و أكد عليه أثناء جلسات محاولات الصلح أن يصدر حكما بالإشهاد على التنازل عن الخصومة، وكما يجب على النيابة العامة خاصة و باعتبارها طرفاً أصلياً أن تعترض على طلب التنازل في مثل هذه الحالات التي تعد من النظام العام،[1] لا سيما إذا كان الطلب القضائي يرمي إلى إثبات الطلاق. بل عليها أن تسعى و تطلب تثبيت الطلاق بموجب حكم لتسجله بسعي منها في الحالة المدنية، ليحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، وأن تحرص على ذلك لأنه يتعلق بأمور شرعية و بالنظام العام، غير أن تقديم طلب التنازل عن الخصومة تختلف أثاره بين طلاق الزوج(**1**) وطلاق القاضي (**2**):

1-في طلاق الزوج :

لا يمكن تطبيق و إعمال نص المادة (**221**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المتعلقة بالتنازل عن الخصومة، بشكل مفرط دون ضابط أو معيار، على القضايا المتعلقة بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، اذ لا يمكن إصدار حكم يقضي بالإشهاد للزوج المدعي بترك الخصومة، دون الالتفات الى هذا الطلاق الذي أوقعه، ودون احتسابه أو النظر إلى طبيعته .

2- في طلاق القاضي:

لا يوجد إشكال في طلاق القاضي بما أن حكم التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي حكم منشئ ولا وجود لهذه المراكز، إلا من يوم صدور حكم القاضي، و بالتالي مادام الطلب المقدم من الزوجة أو من الزوجان، الهدف منه التنازل عن الخصومة، ولو أثناء فترة الصلح سواء في جلسة الصلح الأولى أو الثانية أو غيرها، لا يوجد إشكال لأن الفرقة و كل الآثار المترتبة عنها لا وجود لها، إلا من يوم صدور

[1]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 175.

الحكم القضائي لأن الدعوى منشئة، و أن العلاقة الزوجية لا تزال قائمة و لم تنحل بعد وأن العدة لا تترتب إلا بعد فك الرابطة الزوجية.

بعدما تمت دراسة إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية في قضيا شؤون الأسرة، بقي أمامنا سؤال مهم، طرح نفسه بقوة، مفاده: ما هي الآثار المترتبة على الصلح و أثر الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية؟، هذا ما سوف يتم دراسته من خلال المبحث الثاني التالي.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الصلح و أثر الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية

تقتضي دراسة الآثار المترتبة على الصلح وعن الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية التعرض إلى تبيان محاولات الصلح التي يجريها القاضي ،والتي قد تتوج في النهاية إما بنجاح أو إلى فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين و ما يترتب بعد ذلك(**المطلب الأول**)، وبعد ذالك نتعرض إلى (حكم الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية عند تخلف إجراء الصلح) والأثر المترتب عليه(**المطلب الثاني**)

وفي ما يلي، يتم التطرق إلى أثار نجاح وفشل محاولات الصلح، من خلال الفرع الأول التالي

المطلب الأول

أثار نجاح وفشل محاولات الصلح

يحاول القاضي التوفيق بين الزوجين، لكن وهذه المحاولة قد تنجح كما قد تفشل و تختلف آثارها على دعوى فك الرابطة الزوجية بين النجاح والفشل وهو ما سنتناوله في نقطتين أثرنجاح محاولات الصلح(**الفرع الأول**) ثم اثر فشل محاولة الصلح بين الزوجين (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

أثر نجاح محاولات الصلح

الجديد الذي جاء به المشرع، أنه يتعين علي القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقع من طرفه وكاتب الضبط والزوجين[1]، فقد تضمنت المادة (**49**) المعدلة من قانون الأسرة سنة **2005**، وكذا المواد (**439**) و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جميع الإجراءات، التي يقوم بها القاضي أثناء وبعد إجراء الصلح، فيتبين من هاته المواد أن القاضي إذا نجح في مساعيه وأصلح بين الزوجين فإنه يأمر الكاتب بتحرير محضر الصلح(**أولاً**)، حيث يتضمن هذا المحضر البنود المتفق عليها من قبل الزوجين، وبذالك يعتبر سنَدا تنفيذَيا(**ثانياً**)، وبذالك يحكم القاضي بانقضاء دعوى الصلح(**ثالثاً**)، حيث تمنح القوة التنفيذية للحكم تنفيذه بقوة القانون، لكن هذا التنفيذ قد يصطدم بمشكلات عديدة (**رابعاً**) ويتميز محضر الصلح بعدم قبول الطعن فيه (**خامساً**).

[1]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 346.

أولاً - تحرير محضر الصلح ومضمونه :

لم يشترط القانون شكلاً معيناً لمحضر الصلح كما هو الحال بالنسبة للحكم القضائي، لكن اشترط ضرورة توقيع أطرف الصلح على المحضر، ويقتصر مضمون محضر الصلح على إثبات ما جرى و ما صرح به الطرفان، دون أن يشمل رأي القاضي أو يعلله لأنه لا يخضع لرقابة جهة قضائية أعلى[1]، ويطرح تساؤل في هذا الخصوص حولي الطبيعة القانونية لهذا المحضر،هل هو عمل قضائي أم ولائي أم توثيقي أم ذو طبيعة خاصة متميزة ؟.

يقتضي العمل القضائي[2]، الفصل في الخصومة بحكم قضائي قابل لطرق الطعن العادية و غير العادية قصد مراجعته، أما عن العمل ألولائي لا يخضع لطرق الطعن، لأنه لا يقضي في الحقوق إلا في حالات خاصة هي أقرب إلى التظلم فيها من الطعن بالقضائي، أما العمل ألتوثيقي فهو تلقي الموثق لإرادة الأطراف دون أن يكون له دور في النتيجة التي توصل إليها الأطراف، في حين عمل القاضي وهو يقوم بالصلح فيه شيء من هذا وذاك، فهو يؤدي دور القاضي فيما يتعلق بالخصومة المطروحة عليه كشرط للصلح، التي يجب أن تكون قد استوفت كافة الشروط الشكلية و الموضوعية التي سبق الإشارة إليها.

فيما يخص موضوع الخصومة فالقاضي فيها غير مطالب بأن يقول كلمة القانون، بل هو مطالب بإيصال الخصوم –الزوجين - إلى حل رضائي نابع منهم دون التقيد بأحكام القانون وإجراءاته، شريطة عدم التعارض مع النظام العام، فالقاضي في الصلح لا يعطي الحق لأحد و لا ينتزع الحق من أحد فيذهب الأستاذ **بوذريعات محمد** إلى إعطاء وصف قانوني لهذا الدور تميزًا له عن دور القاضي، وهو بصدد الفصل في الخصومة و كذا تمييزه عن دور الموثق الذي يكتفي بتلقي إرادة الأطراف، إلى اعتبار أن مهمة القاضي في الصلح تتطلب منه التخلي عن شخصية القاضي ورجل القانون، ليتقمص شخصية أخرى هي شخصية الموفق، هذا الدور يتطلب منه اكتساب مهارات أخرى غير المعرفة الواسعة بالقانون

---

[1] - بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 100.

[2] - بقي جانب من الفقه الفرنسي يرى أن محضر الصلح هو عمل قضائي لتمييزه عن الحكم القضائي، كون أن القاضي لا يعطي للخصوم أكثر مما يعطونه لأنفسهم، و لكنه في ذات الوقت مرتبط بخصومة يجب أن تكون مستوفية للشروط القانونية المتعلقة بالأشكال و القبول وهذا السبب الذي جعل الفقه الفرنسي يتقدم القضاء باعتبار محضر الصلح عملاً ولائيًا تجاوزها الزمن في حين محكمة النقض الفرنسية ما تزال تعتبر هذه الأعمال من أعمال الإدارة القضائية، **أنظر:** - بوذريعات محمد، المرجع نفسه، ص 101و 102.

كقدرة الإقناع والتأثير لدفع الأطراف إلى التراجع عن فكرة فك الرابطة الزوجية، فالتقريب بين وجهات النظر و طرح الحل الذي يرضى به الطرفان، هو فن قائم بذاته وقد لا يتوافق مع تكوين القاضي الذي يتسم بالصرامة وقلة المرونة في تطبيق القانون.

ولذلك فالُمصَالح لا يعتمد على القواعد القانونية التي تقف كعائق بينهم فيما يخص الصلح نظًرا لحساسية قضايا الأسرة، فالقاضي المصلح لا يهتم فقط بتطبيق القانون، بقدر ما يهتم بالحوار الذي يدور أمامه ليدرس بحكمة الخلاف المطروح[1]، فإجراء الصلح له فائدة من الناحية النفسية، لأنه إيقاف للنزاع دون إن يكون احد الطرفين فائز والأخر مهزوم، فالقاضي الذكي يعمل على إيجاد الحل يرضي الطرفين وذالك عن طريق مساعدتهم ا و تقريب و جهات النظر، بإبداء النصح و الرشد من أجل الوصول إلى بغض النظر عن مدى مطابقة هذا الحل للعدالة الواقعية فالمهم هو تراضي الأطراف، ومثل هذا العمل لا يمكن أن يكون عمل موثق و لا عمل قاض بالمعنى القضائي للكلمة.

ومن اجل هذا يتقمص القاضي دور المصلح الاجتماعي لإصلاح ذات البين[2]، ولكن لكي يكون هذا القاضي فاعلاً و منتجاً للصلح لابد أن ينخرط في نظام آخر للعدالة هو العدالة التصالحية والتفاوضية، ولذلك يجب أن يتجه الفكر القانوني الإجرائي إلى تأسيس صورة أخرى للعدالة الرضائية التوافقية، ولا يتحقق هذا إلا بإسناد إجراء محاولات الصلح إلى قاض صُلح مختص بمهمة إصلاح ذات البين، مستقل عن قاضي الموضوع، ليتفرغ لدارسة جوانب النزاع باهتمام بالغ وحرص شديد، قبل مباشرة الدعوى القضائية أمام قاضي الموضوع، مما يتطلب تدخل المشرع والعمل على نزع اختصاص إجراء محاولات الصلح من قاضي الموضوع.

ونظًرا للإكراهات الواقعية التي تواجه قضاة الأسرة أثناء تطبيق إجراءات الصلح، يجب إخضاع المكلفين بالمهام الصلحية لدورات تكوينية، وخاصة في مجالي علم النفس وعلم الاجتماع وتفعيل المقاربة الوقائية في التعامل مع قضايا الأسرة، بدلاً من التركيز على المقاربة القانونية المحضة والتي أظهرت عجزها في تغليب كَفَّةِ نسبة نجاح العَملية الصلحية على كَفَّةِ نسبة فشلها.

[1]- حمدادو لمياء، مرجع سابق، ص 47 .

[2]- بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 92 .

وأما عن مضمون محضر الصلح الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي و بحضور الأطراف جميًعا أو أحدهما، فضلاً عن أنه يتضمن معلومات تتعلق بهوية المدعي والمدعى عليه[1]، كما يثبت واقعة الحضور والغياب في التاريخ المحدد لمحاولات الصلح،فإنه يتضمن جميع التصريحات التي يدلي بها الطرفين وكذا دفوعهما وطلباتهما،وحتى الشروط التي يتمسك بها أحد الأطراف أو كلاهما وتدون كاملة ويمكن تقسيم محاضر الصلح إلى أربعة أنواع وهي محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوج **(أ)**، محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوجة **(ب)**، محضر صلح يتضمن التزامات متقابلة على عاتق الزوجين **(ج)**، محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط **(د)**.

أ- محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوج:

قد يرد في محضر الصلح تصالح الزوجين وذلك بتراجع الزوج عن طلب الطلاق ويتمسك برجوع زوجته إلى مسكن منفرد وفي مقابل ذلك تصرح الزوجة بأنها توافق زوجها على طلب التراجع عن الطلاق و تتمسك بالعودة إلى مسكن الزوجية في مسكن منفرد.[2]

ب- محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوجة:

قد يرد في محضر الصلح، أن يصرح الزوج بإرجاع زوجته إلى مسكن الزوجية على أن تتعهد باحترامه ومعاشرته بالمعروف وعدم مطالبتها بمسكن منفرد، في مقابل ذلك تتمسك الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية وتتمسك باستئناف الحياة الزوجية و توافق على طلبات زوجها، و تتعهد بالقيام بجميع الطلبات المطالب بها زوجها [3].

ج-محضر صلح يتضمن التزامات متقابلة على عاتق الزوجين:

كما قد يشمل محضر الصلح أيضا، تراجع أحد الزوجين عن طلب فك الرابطة الزوجية والاستمرار في الحياة الزوجية، و يتعهد على توفير طلبات الزوج الآخر سواء كان محل التزامه أمور مادية قابلة للتنفيذ، كأن يكون مستعد على توفير بيت مستقل أو يلتزم بالإنفاق[4]، من اليوم فصاعدًا أو يلتزم بدفع ما

---

[1] لا يكفي مجرد الحضور لجلسة الصلح في التاريخ المحدد، فمن الضروري إحضار بطاقة التعريف الوطنية، والا فيتعذر سماع الزوج أو الزوجة فالقاضي لا يستطيع بسط رقابته، من اجل التأكد من المعلومات الواردة في بطاقة التعرف مع المعلومات الواردة بعقد الزواج .

[2]- انظر محضر الصلح –أ-، المحرر عن مجلس قضاء برج بوعريريج، **ملحق رقم (6)** .

[3]- انظر محضر الصلح –ب-،المحرر في مجلس قضاء برج بوعريريج، **ملحق رقم (6).**

[4]- انظر محضر الصلح-ج-، المحرر في مجلس قضاء برج بوعريريج، **ملحق رقم (6).**

عليه من دين طيلة بقاء زوجته في بيت أهلها، أو أمور لها علاقة بالواجبات الزوجية المعنوية، مع جو يسوده الاحترام وعدم الإساءة وحسن المعاشرة، وفي مقابل ذلك الزوج الآخر يوافق على الاستمرار في العشرة الزوجية و يوافق على شروط وطلبات زوجه، كأن تكون الزوجة موافقة على العيش معه وأنها تتنازل عن بعض حقوقها المادية شريطة أن يقوم الزوج بما تعهد به، كأن يوفر سكن منفرد أو أن يدفع لها دين المتمثل في نفقتها، و تتعهد أن لا تعيد التصرفات السابقة، وبذلك هذا المحضر يكون قد تضمن تراجعاً عن فك الرابطة الزوجية، وكذا يحوي التزامات متقابلة بين المدعي و المدعي عليه.

فيكون بذلك محضر صلح مقترن بقيود وشروط ، فيتضمن التزامات على عاتق الزوجين و بذلك يكون سنداً تنفيذياً بمفهوم السندات التنفيذية والقابلة للتنفيذ الاختياري، أو للتنفيذ الجبري طبقًا لنص المادة **(600)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و يتم توقيع الطرفين عليه ليكون حجة عليهما إلى جانب توقيع القاضي وكذا توقيع أمين الضبط.

د -محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط :

وقد يرد في محضر الصلح المتوصل إليه، تراجع أحد أطرافه عن طلب فك الرابطة الزوجية والعودة لاستئناف الحياة الزوجية، وأما الطرف الثاني فيوافق على طلب المدعي والرجوع إلى مسكن الزوجية فيكون بذلك قد وقع صلح بينهما دون أن يقرناه بشروط أو التزامات[1]، فهذا المحضر لا يتضمن أية التزامات على عاتق الزوجين، و بذلك لا نتصور أن يكون سندًا تنفيذياً بمفهوم السندات التنفيذية لعدم وجود أمور قابلة للتنفيذ، فهذا صلح بحد ذاته يقبل فقط التنفيذ الاختياري من قبل أطرافه، و يتم توقيع الطرفين عليه ليكون حجة عليهما إلى جانب توقيع القاضي وكذا توقيع أمين الضبط، ومثل هذه المحاضر التي تكون بدون قيود لا يمكن تنفيذها لعدم تحديد الالتزامات .

ثانياً - اكتساب محضر الصلح صفة السند التنفيذي :

وفقاً لنص المادة **(443)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يعد محضر الصلح سندًا تنفيذياً بالإضافة إلى نص المادة **(9/600)** الواردة في الباب الرابع تحت عنوان أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، التي نصت على أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي، والسندات التنفيذية هي: محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط، و هذا يعني أنه

---

[1] - انظر محضر الصلح –د ،د مكرر -،المحرر في مجلس قضاء برج بوعريريج، **ملحق رقم (6).و أونظر** محاضر صلح أخرى –هـ، هـ مكرر. - في عوى الخلع و الطلاق بالتراضي **ملحق رقم (6)**

يمكن تنفيذ محضر الصلح بعد مهره بالصيغة التنفيذية[1]، دون صدور حكم قضائي لأن الصلح سيد الأحكام كما يقال.

اعتبر المشرع الجزائري محضر الصلح سندًا تنفيذًيا بعد توقيعه، من طرف القاضي والزوجين أي مثله مثل الحكم ينفذ بمجرد إيداعه لدى أمانة الضبط، ولا يحتاج للمصادقة كما يعتقد البعض[2]، لكن عملياً ليزال القضاة يحررون أحكاماً بالإشهاد على الصلح بحيث يفرغون محتوى محضر الصلح في الحكم، وبالتالي يطرح سؤال مفاده :هل إيداع محضر الصلح لدى أمانة ضبط المحكمة و اعتباره سندا تنفيذيا يغني عن إصدار حكم بالإشهاد عليه؟. ففي حالة اتفاق الزوجين على استئناف الحياة الزوجية و وضعوا بعض الشروط التي على أساسها يوضع حد للنزاع القائم بينهما كاشتراط الزوجة على زوجها قبول عملها، أو توفير مسكن زوجي منفرد، أو التنقل للعيش معها فإذا ما حصل اتفاق يحرر محضر الصلح بشأن ذلك ويودع بأمانة الضبط ليعد سندا تنفيذيا،

وعليه إذا استخرجت الزوجة نسخة من المحضر ممهورة بالصبغة التنفيذية، وأرادت التنفيذ أمكن لها ذلك، فالهدف من اعتباره سند تنفيذي هو تبسيط الإجراءات[3]، حيث لكي ينفذ محضر الصلح يجب إمهاره بالصيغة التنفيذية، الموضحة في المادة **(601)** من القانون السالف الذكر، حيث نجد في هذا الخصوص أن المشرع لم يستثن الصلح في شؤون الأسرة من هذه الإجراءات.

و بالتالي لا يجوز تنفيذه بمفهوم المادة **(600)**، إلا إذا تضمن عبارة الصيغة التنفيذية لإعطائه قوة تنفيذية وهي عنصر الإلزام، ولا يتصور أن الإلزام قد يتعلق بإجبار الزوج على إرجاع زوجته رغما عنه أو إلزام الزوجة بتقبل الضرر و التعايش معه في سبيل لم شمل الأسرة[4].

يثبت الصلح في محضر يحرره أمين الضبط بإشراف القاضي، ذلك حتى يكتسب الصفة القانونية و يعد بعد ذلك سندا تنفيذيا، فبمفهوم المخالفة يتضح أن القوة التنفيذية للصلح تترجم من خلال إثباته في محضر و إيداعه بأمانة الضبط، لكن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح هو، ما مصير دعوى فك الرابطة الزوجية المرفوعة من قبل أحد الزوجين أو كلاهما بعد تحرير لمحضر الصلح؟، وهل هذا المحضر وحده

---

[1] - تنص المادة **(601)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" **لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهور بالصيغة التنفيذية...** " .

[2] - حميش حسان، مرجع سابق، ص 5 .

[3] - بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص 13و14

[4] - بوزيد وردة، مرجع سابق، ص70 .

كاف، بمعنى آخر أن كل دعوى ترفع بموجب عريضة وتسجل وتعرض على القاضي الذي ينظر فيها حتى و لو حرر محضر صلح فلابد على القاضي بيان مصير هذا الملف؟.

ثالثاً- الحكم بانقضاء دعوى للصلح :

عند حصول الصلح بين الزوجين يحرر القاضي محضرًا، حيث لا يجوز للقاضي الاستمرار في نظر الدعوى متجاهلاً اتفاق الأطراف وتصالحهم، ذلك أن الصلح ينهي النزاع، و بالتالي لا يصبح للقاضي ولاية التصرف، وتصبح دعوى الطلاق بغير موضوع لتصالح الزوجين وتراجعهما عن طلب فك عقد الزواج، .فلم يعد طلب الطلاق متمسك به وقد تم التراجع عنه، فيصبح القاضي في هذه الحالة غير مخيَّر في إثبات الصلح الحاصل بين الزوجين و الإشهاد لهما بذلك، فلا يقف عند هذا الحد بل يجب عليه زيادة على ذلك استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكدا لهما علانية ما سبق أن تصالحا عليه، وليصدر حكمه في الموضوع ليس بشطب الدعوى أو رفضها ولا بالتنازل عنها، و إنما بانقضاء دعوى الطلاق بسبب الصلح طبقاً لما تنص عليه المادة (**220**)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي: " ...**تنقضي الخصومة تبعاً لانقضاء الدعوى بالصلح...**".

رابعاً-تنفيذ محضر الصلح و اشكالته :

يتمثل التنفيذ بصورة عامة في إخراج الفكرة من مجال التصوير إلى مجال التحقق العملي و التنفيذ في المجال القضائي مظهر من مظاهر الحماية القضائية في مرحلتها النهائية، إذ تتيح للمستفيد من السند التنفيذي أن يجني ثماره، ويكون التنفيذ عموما اختياري أو إجباري.

حيث يتمثل التنفيذ الاختياري في مجال الصلح الأسري في قيام أحد الزوجين أو كلاهما بتنفيذ مقتضيات محضرا الصلح، حيث يعد هذا الأخير قابلاً للتنفيذ بدون إكراه أو ضغط طواعية كون أن الأصل في التنفيذ يرجع إلى إرادة الأطراف .

ويختلف التنفيذ الاختياري عن الجبري كون هذا الأخير ينفذ جبراً على الملزم به، فإذا كان التنفيذ الاختياري للسند لا يثير أي إشكال، فإن التنفيذ الجبري يتطلب أن يكون السند تنفيذياً وان يكون محتوى وطبيعة الالتزام من الأمور القابلة للتنفيذ، أي بمعنى أن محضر الصلح يتضمن التزامات قابلة للتنفيذ الجبري، وهو ما يعبر عنه قابلية العمل التصالحي للتنفيذ الجبري، وتتمثل شروط قابلية العمل التصالحي للتنفيذ في :

- ضرورة أن تكون طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق أحد الزوجين أو كلاهما في مواجهة بعضهما البعض من الأمور القابلة للتنفيذ، لأن القاضي المفروض عندما يحرر الشروط أو بنود الصلح أن يراعي مدى إمكانية قبولها للتنفيذ كون أن الأمور الشخصانية و الغير المادية غير قابلة للتنفيذ.

- أن يكون السند ممهور بالصيغة التنفيذية، لأن هذه الأخيرة تعتبر بمثابة التأشيرة التي تجعل أي سند قابلاً للتنفيذ بصفة عامة، و التنفيذ الجبري بواسطة السلطة العمومية إن اقتضى الأمر، وعليه هناك من يرى أن لمحضر الصلح قوة تنفيذية نسبية، لأنه متى كان التنفيذ طواعية فقدت الصيغة التنفيذية مبرر وجودها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد يتضمن محضر الصلح مسائل لا تكون موضع تنفيذ جبري [1].

اعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصلح إجراء وجوبي بعد مباشرة الدعوة القضائية، بحيث أوكلت مهمة القيام به إلى قاضي شؤون الأسرة، وعليه فالاتفاقات التي يمكن التوصل إليها عن طريق القاضي لا تكتسي طابع الأوامر و الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، ولذلك فإن تنفيذ الصلح يرجع بالدرجة الأولى لإرادة ورغبة الأطراف أنفسهم في الالتزام به[2]، فالصلح في أصله يحمل معنى أخلاقياً لما فيه من النصح و غياب فكرة الإلزام و الجبر[3]، وهو ما جعل نية المشرع تتجه نحو إصباغ على هذا الصلح صفة السندات التنفيذية.

غير أن الإشكال الذي يطرح يكمن في عدم إحاطة هذا التنفيذ بنوع من الضمانات التنفيذية المتمثلة على سبيل المثال في الغرامات التهديدية، التي من شأنها تكريس مصداقيته ما تم التصالح عليه وتجعل أمر تنفيذ محضر الصلح شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية الأخرى، على خلاف محضر الصلح في المادة الاجتماعية. غير أن هذا الأخير يحرره مفتشوا العمل فإنه لا يصلح لأن يكون سندات تنفيذية بموجب المادة **08/600**، وهذا لكون أنها غير مؤشر عليها من طرف قضاة ولا تستلزم إيداعها لدى أمانة الضبط[4]، و إنما هذه المحاضر يتم تنفيذها طبقاً لما تنص عليه المادتين **(33)**، **(34)** من

---

[1] - بوزيد وردة، مرجع سابق، ص70 .

[2] - لأن الغاية من جلسات الصلح ليس إلزام أحد أطرافه على التصالح، و تقبل الاستمرار في الحياة الزوجية المريرة عنوة و جبرًا، وإنما هي محاولة الوصول إلى حلول ترضي الطرفين المعنيين بإزالة العقبات جميعها بشرط ان لا يكون هناك مساس بكرامة أو بشخص الزوجين، **أنظر**: بوزيد وردة ، المرجع السابق، ص70.

[3] - بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 89 .

[4] - وزاني توفيق، مرجع سابق، ص 10

القانون رقم **90-04**، المؤرخ **1990/02/06** و المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المعدل والمتمم. [1]

وبالتالي في مجال التنفيذ نراقب ما إذا كان تنفيذ الالتزام عيًنا غير ملائم و مستحيل، إلا إذا قام به المدين بنفسه لكان إذا امتنع عن التنفيذ وكان يمكن التنفيذ بطريق آخر لا يحتاج الى التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية، إلا تلك الالتزامات التي يتوقف تنفيذها على تدخل المدين شخصيا في الالتزام المستحيل و غير الملائم فالمستحيل لا يختلف فيه أحد ، لكن الملائمة فيها اختلاف قد يكون الالتزام ممكن تنفيذه عينا لكن غير ملائم لأنه في حالة التنفيذ يشكل مساس بحرية الإنسان و شخصيته و أدميته وحرمة ،ويبقى دائما انه لا يمكن المساس بحرية و لا شخصية الإنسان طبقا للقواعد الدستورية كأن تتصالح الزوجة مع زوجها على أن تستأنف الحياة الزوجية ويحرر محضر صلح بذلك، ثم ترفض الرجوع فتنفيذ محضر الصلح هنا ممكن عيناً وليس مستحيل لأنه قد يستطيع الزوج التنفيذ عن طريق القوة العمومية مع المحضر القضائي وإحضار الزوجة بقوة القانون ووضعها في بيت الزوجية، فالتنفيذ العيني ممكن، لكن غير ملائم لأن فيه مساس بحرية وكرامة الشخص فتنفيذ الالتزام غير مستحيل لكن غير ملائم في هذه الحالة نلجأ إلى تنفيذ الالتزام عن طريق الغرامة التهديدية .

غير أنه يجب التميز بين الأمور التي يتضمنها محضر الصلح والتي تقبل التنفيذ مثل النفقة والسكن و الأمور التي لا تقبل التنفيذ، فان كان الزوج قد التزم في محضر الصلح بتوفير سكن منفرد لزوجته فعنصر الإلزام قائم و يمكن تنفيذه جبرًا، ومصدر الإلزام هنا هو إرادة الزوج الحرة و الخالية من كل إكراه فلم يجبر على ذلك، و إنما كان اختياريا فهو إلزام صريح من قبل الزوج ، وأما عن التزام الزوج بالإنفاق فيرجع مصدر الإلزام هنا إلى القاعدة القانونية التي تلزم الزوج بالنفقة على زوجته[2]، وبذلك النفقة حق للزوجة يقابله التزام الزوج بالأداء.

---

[1]- يمكن للقاضي أن يتدخل طبقاً للمادة **(34)** من قانون رقم 90-04، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، الأمر في أول جلسة بالتنفيذ المعجل لمحضر المصالحة مع فرض غرامة تهديدية يومية لا تقل عن **25** من الراتب الشهري، في حالة عدم تنفيذ الاتفاق من قبل أحد الأطراف، و قد أكد المشرع هذه المقتضيات في المادتين **(508)** و **(509)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **أنظر:** بشير محمد، مرجع سابق، ص 65.

[2]- زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص 136

فأحكام الإلزام – التزام الزوج الوارد في محضر الصلح – لا تقبل جميعها التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية، حيث لا تكون محل لها سوى الأحكام التي يكون تنفيذ الالتزام عيناً مستحيلاً أو غير ممكن إلا بتدخل المدين الشخصي[1]، أي هنا الزوج او الزوجة الذي يقع عليه التزام في مواجه الطرف الآخر .

وبالتالي يجب مراقبة مضمون بنود الصلح ما إذا كان محل الالتزام الوارد في البند يتضمن أمور شخصانية، فهي بذلك التزامات أدبية غير قابلة للتنفيذ فهي لا تشكل حقا ماليا أو أداء بالتزام أو بالأحرى يقتضيها الزواج أصلا و التي تتمثل في المودة و الرحمة و التعاون وحسن المعاشرة وعدم الإساءة ...الخ، فهده أمور من المسلم بها وليست بحاجة لأن تكون محل تصالح وعليه تكون غير قبلة للتنفيذ كونها أمور أدبية و معنوية، في حين لو يرتب الالتزام -الوارد في محضر الصلح الذي يعتبر سندًا تنفيذًيا وانه يحمل فكرة الإلزام -حقا مالياً هنا ينفذ جبرًا وتجوز الغرامة التهديدية فيه أي الإكراه المالي.

ويبقى للزوجة إن لم يلتزم زوجها بالقيام يما تعهد به في محضر الصلح وأخل بالتزاماته، سوى أن ترفع دعوى التطليق على أساس الضرر ويكون امتناع الزوج دليلاً ما يجعل القاضي يستجيب إلى طلبها.

يرى جانب من الفقه أن محل التنفيذ يتمثل في الالتزام الذي يشكل حقًا يتمتع به شخص طبيعي تجاه مدينه في إطار علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، أو في إطار قانوني كالالتزام الطبيعي بالنفقة.

غير أن السند التنفيذي لا يتمثل دائماً في مبلغ من النقود، فقد يقع الالتزام على عاتق المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن أداء عمل، وعدم احترامه يؤدي بالقاضي إلى فرض غرامة تهديدية تتحول بعد تصفيتها إلى دين نقدي[2].

و إن كانت طبيعة الالتزام من بين الأمور غير القابلة للتنفيذ، كأن يتعهد الزوج بالإقلاع عن شرب الكحول و التخلي عن التصرفات السيئة، و بالتالي للزوجة مثلا أن ترفع دعوى تطليق للضرر وتثبت ذلك أيضا بشهادة الشهود كونها متضررة من إخلال الزوج بالتزاماته.

أما إذا كانت الزوجة هي من خالفت بالالتزام و لم ترجع إلى زوجها أو لم تنفذ، لا يعتبر ذلك نشوز لأن قرارات المحكمة العليا تقول لكي يكون نشوز، لابد من إثباته بحكم وهذا أمر في حقيقة الأمر من قبيل الخطأ، لأنه لا يوجد نص قانوني ينص على ذلك ويقول الأستاذ **زودة عمر** في هذا الصدد أن

---

[1]- زودة عمر، المرجع نفسه، ص 137.

[2]- ديب عبد السلام، مرجع سابق، ص 415و 414 .

النشوز واقعة مادية تقبل الإثبات بكافة طرق الإثبات، فالقانون جعل أمر مطلق و لكن القضاء قيده بإحضار محضر الامتناع ثم حكم [1].

ما يمكن ملاحظته هو أن نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لا تعطي تفاصيل كما يجب أن يحتوي عليه محضر الصلح بين الزوجين، و لكي لا يقع في فخ إشكالات التنفيذ يستحسن أن يشير المحضر إلى جميع ما دار في جلسة الصلح ولا سيما ادعاءات الأطراف وطلباتهم، وكذا جميع المسائل المتعلقة بآثار الأسرة، و كذلك تبيان الالتزامات بالتدقيق التي يجب أن يقوموا بها، والتي يمتنعوا عن القيام بها صراحة ووضوح.

وإن كان في اعتقادنا أن فكرة الصلح كسند تنفيذي في شؤون الأسرة تصلح أن تكون كوسيلة لتنفيذ الرجعة عندما يراجع الزوج زوجته أثناء العدة، لكن بالنسبة للذين يعتقدون أن الصلح إجراء جوهري وأنه لا يوجد طلاق إلا بعد إجراء الصلح، فعلى ماذا ينصب التنفيذ إذن؟، فإذا تقرر الصلح فان الزوج يعود إلى زوجته عادي، فلا رجعة إلا بطلاق واقع، ومن ثمة لا يمكن تطبيق أحكام الرجعة المنصوص عليها في المادة **(50)** من قانون الأسرة، إلا بعد وجود طلاق واقع فعلا، فحسب تفسير الكثير من القانونين الذين يعلقون الطلاق على الصلح، وهذا الأخير يعتبر سند تنفيذيا لكن السؤال الذي يطرح ماذا ننفذ؟، ننفذ رجوع الزوجين لكن العلاقة لا تزال قائمة حسب اعتقادهم، فما جدوى تنفيذ الصلح طالما ليس هناك طلاق أصلاً ، وأن الرابطة الزوجية لم تنحل بعد فعلى ماذا سوف ينصب الصلح.

لكن في حقيقة الأمر الصلح الذي يجريه القاضي يأخذ عدة أشكال ففي دعوى طلاق الزوج نميز بين نوعين تبعًا للطلب القضائي، فيما إن كان الطلب القضائي ينصب حول إثبات الطلاق أو طلب الطلاق،و تبعاً لذلك ممكن إجراء الصلح يكون لاحق على وقوع الطلاق أو ممكن سابق أو مزامنا له

أما في حالة رفع الورثة لدعوى إثبات الطلاق فهنا لا يوجد صلح اصلاً لانعدام تواجد احد الزوجين، وبالتالي إذا اعتبرنا الصلح سندًا تنفيذًا من المفروض بهذا السند يكون الغرض منه تسجيل الرجعة، فيجب أن لا يفسر الصلح أنه مجرد صلح في طلاق قد تلفظ به الزوج، حيث بهذا الصلح نستطيع أن ننفذ به الرجعة التي تسجل في الحالة المدنية، و من المفروض عند صدور الحكم القضائي يشير إلى وقوع الطلاق، لكي يحتسب في عدد الطلقات.

---

[1] - زودة عمر، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، مرجع سابق.

أما عن محضر الصلح فينفذ الرجعة بالإضافة إلى ما تضمينه كل اتفاق أو شرط قابل لتنفيذ اشترطه الزوجيين، وبهذا يصبح الصلح سندًا تنفيذيًا بغض النظر عن الآثار القانونية التي يخلفها الصلح وهي انقضاء الدعوى بالصلح، و استنفاذ قاضي شؤون الأسرة لولايته، بالإضافة للآثار الاجتماعية الهامة والعديدة سواء على الزوجين أو الأبناء، فالتوفيق بين الزوجين يمحو الخلافات التي كانت قائمة بينهما ويعيد الحياة الزوجية إلى السكينة و الطمانيينة، التي يجب أن تكون في كل بيت،لأن هدف الزواج هو تحقيق ذلك الارتياح النفسي للشخص، لقوله تعالى " **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ**" [1]، هذا بالإضافة إلى عرى المحبة و الاحترام بين الزوجين فتصبح على قدر كبير من الامتنان و الاحترام بعدما صفحت و تغاضت عن زلات وأخطاء زوجها، ونفس الأمر بالنسبة للزوج قال رسول الله " **خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي** "[2].

أما بالنسبة لانعكاسات الصلح على الأطفال، فلا يمكن حصرها حيث أبانت التجربة أن عيش الأطفال في أسرة متماسكة خالية من النزاعات، يساعدهم على التحصيل و التوفيق ألدارسي و يسهل لهم الاندماج في المجتمع، وأكدت الدراسات أن الأطفال من أبوين مطلقين يعانون من مشاكل طوال حياتهم ويكون أداؤهم في الدراسة سيئ وعرضة للإجرام، حيث يتسمون بالعدوانية و اضطرابات نفسية في سلوكهم، بالإضافة إلى أن الخلافات الزوجية تفقد الأطفال الرغبة في العيش وتولد في نفسهم الكراهية والحقد .

عمومًا لا يخفى ما للصلح من اثأر ايجابية لا يسع المقال لحصرها، ومن هنا تكمن الحكمة الربانية في وصف الصلح بالخير في قوله تعالى : " **و الصلح خير** "[3].

يرتب الصلح آثار بين الزوجين من بينها رجوع الحياة الزوجية من جديد وهو ما تؤكده المادة **(50)** من قانون الأسرة أن مراجعة الزوج لزوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج لعقد جديد، لأن فك الرابطة الزوجية يكون بحكم، ومادام لم يصدر حكم فالزوجة تعود إلى بيت الزوجية بدون أي عقد، كما هو معلوم أن الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يراجع فيه الزوج زوجته خلال فترة العدة، لا حاجة هنا لعقد جديد لذلك اعتبر المشرع الجزائري أن فترة الصلح هي ثلاثة**(03)** أشهر مثل فترة العدة.

---

[1] - سورة الروم، الآية.20

[2] - رواه الترمذي (3895) وصححه الألباني في "السلسلة الصحيحة" (1174)http://islamqa.info /.

[3] - سورة النساء الاية 128.

وعليه وبهذه النتيجة تم التراجع عن طلب فك الرابطة الزوجية الطلب الأساسي في دعوى لطلاق سواء كان ذلك بتراجع من الزوج إن كان هو طالب الطلاق، أو بتراجع من الزوجة إن كانت هي رافعة الدعوى بالتطليق أو الخلع، أو حتى رجوعهما المشترك إن كان طلب الطلاق بالتراضي، فنجاح القاضي في هذا المسعى وتوصله إلى إقناع الزوجين في التراجع عن ذلك وعقد الصلح بينهما هي النتيجة والغاية المتوخاة من تشريع محاولات الصلح

وبناء عليه تصبح دعوى فك العصمة بغير موضوع لتصالح الزوجين وتراجعهما عن طلب فك عقدة النكاح، فلم يعد طلب الطلاق متمسك به وقد تم التراجع عنه، ومن المفيد ملاحظة أن اعتبار الصلح سند تنفيذي و إخضاعه لأحكام السندات التنفيذية يكون موقفاً جديدًا تبناه المشرع و يكتسي أهمية كبيرة، غير أن المشرع لم يُقْرِنه بضمانات كافية .

خامساً -الطعن في محضر الصلح :

قد ترد بعض الأمور ضمن وقائع العريضة الافتتاحية لدعوى أو حتى في المذكرة الجوابية، ربما الزوج لم يقصدها حيث قد ترد خطأ، و بالتالي الحقيقة تظهر من خلال جلسة الصلح و القاضي بصدد مراقبة للمناقشات و تصريحات الأطراف، حيث يجب أن يتضمن محضر الصلح اتفاق الطرفين وكذا ذكر الأسباب التي قد بنى عليها الحكم بالطلاق، بالإضافة إلى تسبيب الحكم، وبالتالي لما يضمن القاضي محضر الصلح أو عدم الصلح كل الأمور و النقاط لا سيما النفقة حتى لا يكون فيما بعد استئناف على تخفيضها فيكون ذكرها في المحضر إلزاماً على عاتق الزوج فيحول الأمر دون استئنافه، لأنه قطعي فيقضى بتأيد الحكم.

ويكون محضر الصلح حجة على الزوج، وإذا قام الزوج باستئناف قصد تخفيض مبلغ النفقة،لأنه في هذه الحالة يجد نفسه وقع على مضمون محضر الصلح، فيما يخص الشق المادي ،مما يقع حائلاً وفي وجهه عند الطعن هذا من جهة،ومن جهة أخرى كون محضر الصلح لا يقبل أصلاً الاستئناف، ولأجل ذلك كان لتحديد طبيعة محضر الصلح أهمية في ترتيب الآثار القانونية ومن بينها ما إذا يمكن الطعن في محضر الصلح وبأي طريقة ؟ .

الإشكال الذي يطرح بخصوص محضر الصلح كذلك، يتعلق بمدى إمكانية الطعن فيه من قبل أحد الأطراف هذا الأمر لم ينص عليه المشرع ، ولذلك كان قضاء المحكمة العليا في هذا السياق عندما أقرت أنه لا يجوز استئناف الحكم المثبت للصلح الذي وقع بين الخصوم لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي فصلت في النزاع المرفوع أمام القضاء، بينما الحكم المصادق والمثبت للصلح لا يقبل

الاستئناف لكونه تضمن صلحاً بين الأطراف لا غير، ويتعين نقض القرار الذي قبل الاستئناف في هذا الحكم [1].

لكن باعتبار الصلح سند تنفيذي مع أنه لا يحوز حجية الشيء المقضي به كالحكم القضائي، أي يمكن الأطراف عرض النزاع من جديد أمام القضاء بنفس الموضوع و الأطراف، فهو يعد سند رسميا صادر عن موظف عمومي وهو القاضي، وعليه وطبقاً للقواعد العامة للمحررات الرسمية فله حجية مطلقة في الإثبات إلى أن يطعن فيه بالتزوير[2]

بعدما تم التطرق إلى أثر نجاح محاولات الصلح ، الآن سيتم التطرق إلى أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجين، من خلال الفرع الثاني التالي .

الفرع الثاني

أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجين

قد لا يوفق القاضي في مساعيه للصلح بين الطرفين طول المدة المقررة لذلك، فليس في وسعه سوى تحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح، ونتائج محاولاته، يوقعه مع كاتب الضبط والزوجين(**أولاً**)، ثم يتم التطرق بعد ذالك إلى موضوع الدعوى. ودور القاضي في سير الدعوى سواء كانت دعوى طلاق بالإرادة المنفردة أو تطليق أو خلع أو طلاق بالتراضي **(ثانياً)**

أولاً -تحرير محضر عدم الصلح ومضمونه:

يلتزم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح والإشارة إليه في الحكم القضائي، قبل أن يحكم بفك الرابطة الزوجية، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ **2007/09/12** الذي قضى بما يلي: **" ...والذي جاء فيه أن دعوى الطاعن ترمي إلى التطليق عن طريق الخلع و كان يتعين على المحكمة إجراء محاولة الصلح، وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه لا يوجد أثر لهذا الإجراء و إن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة،حيث أنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن قاضي المحكمة لم يشر إلى تحرير محضر عدم الصلح وحتى و إن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة، و عليه هذا الفرع مؤسس ويترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه... ".**[3].

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 103637، مؤرخ في 1994/4/19، **المجلة القضائية**، عدد خاص 2001، ص 94 و ما بعدها.

[2]_ بوشيبان خديجة، مرجع سابق،ص30.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 401330، مؤرخ في 2007/09/12، **غير منشور** .

وعليه عندما لا يشير القاضي إلى أنه تم عقد جلسات محاولة الصلح بين الزوجين، يعرض حكمه لنقض من طرف المحكمة العليا ويظهر ذلك جليا من خلال قرار صادر عنها بتاريخ **2010/12/09** التي جاءت حيثياته كما يلي**:" حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تشر أبدًا إلى عقد جلسة الصلح و حضور المطعون ضدها، طالبة التطليق لتلك الجلسة حتى وإن كان الطاعن لم يحضر ولم يجب، لأن عقد جلسة الصلح وجوبي...**

وحيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على وجوب عقد جلسة الصلح و حضور طالب الطلاق أو التطليق أو الخلع لتلك الجلسة، ومادام لم تشر إلى عقد تلك الجلسة و حضور المطعون ضدها –طالبة التطليق- لجلسة الصلح فإنها تكون قد خالفت نص المادة 49 من قانون الأسرة . وعليه فإن هذا الفرع من الوجه مؤسس و ينجر عنه النقض و إبطال الحكم المطعون فيه "[1]وبالرجوع فعلا إلى ذات الحكم المطعون فيه يتبين فعلاً عدم الإشارة إلى أن القاضي دعي الأطراف إلى محاولة الصلح أو على الأقل عقد جلسة صلح مرة واحدة أو عدة مرات، بل القضية وضعت في النظر مباشرة وتم الفصل فيها بالتطليق مع العلم أن الأمر شائك وحرم الطاعن من حق المصالحة ".[2]

نصت المادة **(443)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأخيرة على ما يلي:"... **وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى** "، و بالتالي يجب على القاضي تحرير محضر عدم الصلح بذلك يبين فيه مساعي الصلح بين الزوجين، وتواريخ محاولات الصلح وجلساتها، يلحقه بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين إلى مناقشة الموضوع [3].

قد لا تكلل مساعي الصلح التي يبذلها القاضي بالنجاح لسبب أو لآخر، فمن الناحية الواقعية نجد في كثير من قضايا الطلاق أن عدم نجاح محاولة الصلح سببه إما لأن القاضي لم يبذل الجهد الكافي في ذلك، نظرًا لاعتبارها مجرد إجراء شكلي فقط ودون اعتبار لما قد ينجر عن ذلك من آثار أهمها فصم عرى الزوجية القائمة بين المتخاصمين، أو يرجع السبب إلى كثرة القضايا المطروحة أمام القاضي خصوصاً قضايا فك العصمة الزوجية، مما يترتب عليه ضيق وقته بسبب انشغاله في دراسة القضايا والبحث لها عن حلول قانونية، فهل إلى جانب ذلك يمكنه التفكير في الحلول النفسية والاجتماعية

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 0589792، مؤرخ في 2010/12/09، **غير منشور.**

[2] - أنظر حكم صادر عن محكمة برج بوعريريج بتاريخ 08/07/09. تحت رقم جدول 0708/08،**الملحق رقم (7)**

[3] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 357 .

والاقتصادية للأسرة، مع العلم أن تكوينه لا يُمَكنه من ذلك، الأمر الذي يستلزم تكوين خاص لقضاة شؤون الأسرة شبيه بتكوين قضاة الأحداث، بالإضافة إلى ضرورة تدعيم قضاة شؤون الأسرة بمختصين في مجال شؤون الأسرة ومشاكلها حتى يقدموا المساعدة من اجل احتواء مشاكل الأسرة بطريقة فنية[1].

خصوصا في بعض الأحيان يجد القاضي نفسه أمام إصرار الزوج أو الزوجة أو كليهما معا على حل الرابطة الزوجية، فلا خيار أمام القاضي سوى التصدي للموضوع، بعد أن يأمر الكاتب بتحرير محضر عدم الصلح، ويحتوى هذا المحضر على هوية الطرفين وتصريحاتهما وتوقيعهما إضافة إلى توقيع القاضي وأمين الضبط، ويحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية ضمن الجلسات المقررة للمحكمة، ويعود إلى متابعة سير الإجراءات للفصل في الموضوع [2]

أما عن مضمون محضر عدم الصلح والذي يأخذ أحد الشكلين، إما محضر عدم الصلح لتمسك أحد الزوجين بفك الرابطة الزوجية، وهذا النوع من المحاضر نجده في جميع صور فاك الرابطة الزوجية ما عدا الطلاق بالتراضي، ويرجع ذلك إلى أن أحد أطرافه يتمسك بطلبه المتمثل في فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج[3]، أو بطلب من الزوجة بواسطة الخلع[4]، أو عن طريق التطليق[5] وعدم تمسكه بعودة زوجه الى مسكن الزوجية، أما الطرف الثاني وغالبا لا يوافق على طلب المدعي أو المدعية ويطالب بالاستمرار بالحياة الزوجية رفضا لطلب المدعي، فهذا المحضر لا يتضمن أية التزامات على عاتق الزوجين و بذلك لا يكون سندًا تنفيذياً و يتم توقيع الطرفين إلى جانب توقيع القاضي وكذا توقيع أمين الضبط.

و إما محضر عدم الصلح لتمسك الزوجين بفك الرابطة الزوجية، وهذا النوع من المحاضر نجده فقط في الطلاق بالتراضي مثلاً أن يصرح كل من الزوج على أنه يتمسك بالطلاق بالتراضي لاستحالة العشرة الزوجية، وأنه موافق على دفع مبلغ مالي متفق عليه كتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة بعد صدور الحكم، وتصرح في نفس المحضر الزوجة أنها موافقة على طلب الطلاق بالتراضي على أن يدفع

---

[1] - جمعي ليلى، سلبيات وإيجابيات قانون الأسرة الجزائري ودور قضاة الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات وتأكيد تلك الإيجابيات، مجلة الحضارة الإسلامية، عدد09، جامعة وهران، 2004، ص 2004، ص 149 .

[2]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 91 .

[3] - أنظر محضر عدم الصلح –أ-، المحرر عن مجلس قضاء برج بوعريريج **ملحق (8)** .

[4]- أنظر محضر عدم الصلح –ب- ،المحرر عن مجلس قضاء تيبازة **ملحق (8).**

[5]- أنظر محضر عدم الصلح-ج-، المحرر في مجلس قضاءعين توشنت **ملحق (8) .**

لها مبلغ مالي متفق عليه كتعويض لها وأنها قد أخذت كل متاعها و يذكر جميع الأمور المتفق عليها من حضانة ونفقة ...الخ [1].

ثانياً- دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى :

قرر المشرع أنه في حالة حضور الزوجين لمحاولات الصلح التي يجريها القاضي في حالة عدم تصالح الزوجين أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، فإنه يتم التطرق إلى موضوع الدعوى و يشرع في مناقشة الموضوع، وهذا لأن كل الإجراءات المتعلقة بالصلح هي إجراءات سابقة عن الخوض في موضوع النزاع [2]، و عندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه وفقاً للإجراءات العادية، و يكون الحكم ابتدائي نهائي فيما يتعلق بالطلاق، وابتدائي فيما يخص الجوانب المادية له.

وفي هذا الإطار يعتمد القاضي على محاولات الصلح التي أجرها سابقًا وفشل في إصلاح ذات البين من خلال ملابسات النزاع بين الزوجين وأسبابه الحقيقية، حيث يستطيع القاضي تكوين صورة مبدئية عن النزاع، يضاف لها ما قد استنبطه وما ثبت له من حقائق عندما عرض الصلح على الزوجين أثناء محاولة الصلح، وبذلك يستطيع الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية وفق الطلب المقدم للمحكمة بموجب العريضة الافتتاحية، حيث يجب عليه أن يستخلص من تلك الجلسات من يتحمل المسؤولية في فك الرابطة الزوجية حتى لا يكون حكمه معيباً .

وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها:" **...لكن متى لم يحدد قاضي أول درجة في حكمه القاضي بالطلاق بين الطرفين مسؤولية الطلاق لأي من الزوجين، فإن ذلك الحكم يصبح مشوبا بعيب قانوني باعتبار أنه كلما تم الحكم بفك الرابطة الزوجية يتعين قانونا تحديد مسؤولية أي من الزوجين تسبب في انحلال العلاقة الزوجية، الشئ الذي يجعل الوجه المثار وجيه يتعين الالتفات إليه ..**"[3].

يمكن للقاضي أيضاً أن يستخلص من جلسة الصلح أنه يجوز له أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات و الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم و لم يؤسسوا عليها ادعائهم طبقاً لنص المادة **(26)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك تساعد جلسة الصلح القاضي على فهم حقيقة

---

[1] - انظر محضر عدم الصلح –د-،المحرر في مجلس قضاء تيبازة ملحق **(8).**

[2] - بوضياف عادل، مرجع سابق ، ص 447و 448 .

[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 376803، مؤرخ في 2007/01/17، **غير منشور**.

النزاع حيث وبناء على ما من خلالها له أن يكيف الوقائع و التصرفات محل النزاع تكيفاً قانونًيا سليماً دون التقيد بتكيف الخصوم طبقاً لنص المادة **(29)**من نفس القانون.

وقد يتم توقيع محضر الصلح من أحد الزوجين في يرفض الأخر أو يعلن صراحة عن عدوله عن هذا الصلح، ففي هذه الحالة فإن القاضي لا يوقع على المحضر و لا ينهي النزاع عن طريق الصلح وإنما يمكن له أن يعتبر هذا المحضر غير الموقع عليه من طرف احد الخصوم بمثابة سند في الدعوى يجوز الاستناد عليه في الحكم الذي سيصدر، وهو ما استقر عليه القضاء المصري[1]، وبهذا الرأي الذي استقر عليه القضاء المصري يكون قد ثمن جهد القاضي في محاولته للصلح و التي توجت بصلح عدل عنه أحد أطرافه و لم يترك جهد القاضي يذهب سدى[2].

بعد أن تمت دراسة أثار نجاح وفشل محاولات الصلح، بقي أمامنا أن ندرس أثر الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح والأثر المترتب عليه، من خلال المطلب الثاني التالي

المطلب الثاني

الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح والأثر المترتب عليه

تقتضي دراسة مسألة الطعن بالنقض، في أحكام فك الرابطة الزوجية في قضايا شؤون الأسرة التعرض إلى مدى قابلية هذه الأحكام إلى الطعن فيها بالنقض **(الفرع الأول)**، وذالك عندما يتخلف إجراء الصلح **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية للطعن بالنقض

اختلف رجال القانون حول مدى قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية للطعن فيها بالنقض، حيث تعددت مواقفهم بين مؤيد ومعارض، الأمر الذي يستدعي التطرق إلى الموقف المؤيد لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية **(أولاً)**، ثم التطرق إلى الموقف المعارض لهذه الفكرة **(ثانًيا)**.

أولاً -الموقف المؤيد لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية:

يرى جانب من الفقهاء أنه يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في قضايا شؤون الأسرة، حيث نجد من بينهم الأستاذ **علي علي سليمان** الذي يرى :" أن أحكام الطلاق لا تقبل الاستئناف ماعدا جوانبها المادية ولعل الحكمة من هذا الحكم هي إتاحة الفرصة أمام الزوجين

---

[1] - بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 100.

[2] - المرجع نفسه، ص 101.

لاستئناف حياة زوجية أخرى، غير أن هذه الحكمة تتخلف إذا استؤنف الحكم أو طعن فيه بالنقض وانتهى إلى القول :"ولما كان من الممكن أن يحصل خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره من قبل قاضي الموضوع، فالأحسن أن يظل هذا الحكم قابلاً للطعن فيه بالطرق العادية و غير العادية في مختلف نواحيه[1].

في حين نجد الأستاذ **محمد أوزيان** يبرر رأيه بالموقف السلبي الذي يمكن أن يثيره عدم الطعن بالنقض في المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع، حيث يمكن للزوجين مراجعة موقفهم، لذا ينبغي إتاحة الفرصة لهم عن طريق الاستئناف أو الطعن بالنقض، ولهذا السبب فالأفضل أن تترك مقرارات فك الرابطة الزوجية قابلة لكل طرق الطعن، وخاصة وأن النظم القانونية تقوم على قاعدة وجود درجتين للتقاضي فجودة العمل القضائي تقاس بضمان حق الطعن بكل درجاته [2] .

أما الأستاذ **سليم سعدي** يرى أن التعديل الجديد لقانون الأسرة جاء عاما، بخصوص أحكام فك الرابطة الزوجية[3]، وذالك بنص المشرع على عدم قابليتها للطعن بالاستئناف، مع بقاء الطعن فيها عن طريق بالنقض[4]، فمادام هناك إجراءات مقررة قانوناً ومادام هناك قانون واجب الاحترام، فإنه لا بد من وجود رقابة المحكمة العليا على أحكام الطلاق التي تعتبر محكمة قانون لا موضوع [5].

يرى المفتش العام بوزارة العدل **علي بداوي** :" ان أحكام الطلاق بالتراضي تصدر في أول و أخر درجة أي نهائية، وهي غير قابلة للاستئناف، وقابلة للطعن بالنقض من تاريخ النطق بها، والغاية من فتح باب الطعن، هو ضمان سلامة التطبيق السليم و الصحيح للقانون "[6].

---

[1] - علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد02، 1986، ص 443.

[2] - أوزيان محمد، الأثر السلبي للأحكام الصادرة في مادة التطليق على الاجتهاد القضائي قراءة في الفقرة الأولى من المادة 128 من مدونة الاسرة، مداخلة، المغرب، ص 6 و7.

[3] - جاء في عرض الأسباب لمشروع قانون يتضمن الموافقة على الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة في باب الطلاق النص على عدم قابلية جميع أحكام فك الرابطة الزوجية من طلاق و تطليق و خلع للاستئناف، مع بقائها قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، صفحة 4. والمنشور بموقع البرلمان .

[4] - سعدي سليم، مرجع سابق، ص 7.

[5] - المرجع نفسه، ص71 .

[6] - بداوي علي، مرجع سابق، ص 356.

ثانيا-الموقف المعارض لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية:

يرى فريق أخر من الفقهاء أنه لا يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية فنجد الأستاذ ***لمطاعي نور الدين*** الذي يصرح بان صدور قرارات من المحكمة العليا تقضي بإبطال ونقض أحكام الطلاق يعد في حقيقة الأمر إجراء خطير جدا ، بل ذهب في موقفه هذا إلى اعتبار تبني الطعن بالنقض في أحكام الطلاق يعد خرقا للقانون وكذا أحكام النظام العام ، فالحكم المثبت للطلاق لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخضع للطعن بالنقض و بما فيها طرق الطعن الأخرى العادية و غير العادية[1].

ذهب الأستاذ ***لحسين بن الشيخ آث ملويا*** إلى اعتبار الأحكام التي تقع بمناسبة الطلاق أحكام نهائية، والتي من بينها نجد الخلع الذي يعد طلاقا بائنا و لا يجوز نقضه من أي كان، حيث الطابع النهائي للحكم الخلع في جانبه المتعلق بحل عقدة الزواج يكون بقوة القانون[2].

وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ ***بلحاج العربي*** أن الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بصفة عامة يصدر ابتدائيا و نهائيا. فهنا يتساءل عن فائدة الطعن بالنقض في هذا الحالة؟ ، ضف لذالك النتائج والآثار التي يرتبها الطعن بالنقض والتي تثير العديد من الإشكالات والتناقضات في التطبيق ، وخاصة فيما يتعلق بالعلاقة القائمة بين الطعن بالنقض و العدة حيث المشرع الجزائري لم يراع الانسجام بين هاذين الميعادين [3].

أما الأستاذ **عمر زودة** فيقول :"إن حكم الطلاق لا يعد عملاً قضائيًا، وإنما يعتبر عملا ولائي وبالتالي لا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية سواء بالطرق العادية أو غير العادية[4] كونه حق مقرر شرعًا و قانونًا للزوج لا يمكن أن ينازع فيه أحد سواء الزوجة ولا حتى القاضي [5]، حيث الطعن بالنقض لا يكون إلا في الشق المتعلق بالأمور المادية.

يرى الأستاذ **مراد كاملي** :" أن قانون الأسرة الجزائري لا يسمح بالطعن في الحكم بالطلاق فيما يتعلق بقرار إنهاء العلاقة الزوجية، كون الإلغاء يكون بأثر رجعي، وهو ما يعني أن المرأة قد وجدت في

---

[1]- لمطاعي نو الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 140و 141.

[2] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص 201 .

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 364 .

[4]- زودة عمر، طبييعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 124 .

[5]- المرجع نفسه، ص 129.

مرحلة لا تعرف فيها إن كانت زوجة أم لا، وهو ما لا يستقيم مع نظام الأسرة و قواعد الشريعة في الحل و الحرمة، و حرصاً من المشرع على تفادي الظن بإمكانية الطعن في الحكم بالطلاق الناشئ عن طريق الطعن[1]، يدعم هذا الرأي ما أتى به الأستاذ **عمرو خليل** الذي يرى أن الطعن بالنقض يثير عدة إشكالات قانونية من حيث عدة المرأة، والوفاة، والنفقة، ومن حيث إنهاء عقد الزواج سواء في حالة قبول الطعن أو رفضه، أو أثناء سريان الطعن، و في حالة قبول الطعن و نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بالطلاق،وفقاً ا للقواعد العامة وهنا قد تهتز المراكز القانونية التي ترتبت عن الطلاق بين الزوجين، وعلاقة المرأة بالرجل هل تبقى كزوجة أم أنها أجنبية عنه ؟[2].

يمكن القول مما سبق أنه لا مكان لإعمال الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية، ذالك نتيجة خصوصية الرابطة الزوجية بحد ذاتها.

الفرع الثاني

تخلف إجراء الصلح كسبب لنقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية

لكي نتمكن من الإحاطة جيدًا بالآثار المترتبة عند الطعن بالنقض في الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية، ينبغي أن نتوقف على دراستها وذالك بتبيان الأثر المترتب في اعتبار الصلح إجراء جوهري في حالة فك الرابطة الزوجية(**أولاً**)، وبعد ذالك نتعرض لعدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية (**ثانياً**).

أولاً -أثر تخلف إجراء الصلح :

يعتبر الطعن بالنقض طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان سواء في ذات الحكم أو في الإجراءات التي أسس عليها[3]، ولا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المحددة في نص المادة(**358**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و عند رفع طعن بالنقض ضد الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية، فإن المحكمة العليا في هذا المجال لها أن

[1]- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، محاضرات ألقيت على السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010، ص71 .

[2]- عمرو خليل، مرجع سابق، ص 208 .

[3]- زودة عمر، طبيعية الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 138 .

تصرح برفض أو قبول الطعن المرفوع، ففي حالة ما إذا انتهى الطعن بالنقض في الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية إلى الرفض، فهنا لا بد من التمييز بين نوعين من القرارات القضائية، منها التي لا تفصل في موضوع الطعن، بل تتوقف في مسألة قبوله ولا تتجاوز هذه المرحلة فتنتهي بعدم قبول الطعن شكلاً . وبين التي تفصل في موضوع النزاع وتفحص مدى تأسيس الأوجه التي بني عليها الطعن فينتهي إلى رفض الطعن لأن الأوجه غير سديدة أو غير مؤسسة.

وعليه فإن رفض الطعن بالنقض شكلاً أو موضوعاً لا يطرح أي إشكال قانوني، فليس هناك أي تأثير على الحكم المطعون فيه، كون أن الرفض لا يؤثر على المراكز القانونية التي خلفها الحكم محل الطعنفالحكم سواء كان كاشفًا أو منشئاً قضى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو التطليق أو الخلع يترتب عنه انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج .

إن رفض الطعن يعتبر تأكيد وتكريس لحكم الطلاق[1]، بحيث يصبح الحكم المطعون فيه نهائياً ولا رجعة فيه، وبالتالي واستنادًا على نص المادة **(452)** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن هذا الحكم ليس له أثر موقف، أي لا تتوقف جميع الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، ووفق تلك الآثار يترتب عليه أنه يجوز للزوجة أن تعيد الزواج رغم الطعن بالنقض. وهذا على خلاف ما كان عليه الوضع قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2].

أما في حالة ما إذا انتهى الطعن إلى نقض الحكم المطعون فيه، يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه، أي إلى مراكزهما القانونية السابقة، وذلك طبقًا لما تقضي به القاعدة العامة في البطلان التي تنص على أنه إذا تعرض العمل القانوني إلى البطلان يترتب على ذلك أثر قانوني يعيد أصحاب المصالح إلى مراكزهم القانونية السابقة[3]، - قبل انحلال الرابطة الزوجية - بمعنى أن العلاقة بين الزوجين لم تنقضي ولا تزال قائمة مما يبقي الحقوق قائمة .

---

[1]- عمرو خليل، مرجع سابق، ص 211 .

[2]- حيث كان الطعن بالنقض يرتب اثر موقف، أي توقف جميع الآثار المترتبة عن إنحلال الرابطة الزوجية، وفق تلك الآثار يترتب عليه عدم جواز للزوجة أن تعيد الزواج قبل الفصل في الطعن بالنقض، ثم إن المرأة أثناء الطعن تبقى كالمعلقة لا هي بزوجة تنعم بالحياة الزوجية و لا هي مطلقة بإحسان يغنيها الله من سعته وعلى ذلك وجب النص على أن الأحكام و القرارات المصرحة بالطلاق غير قابلة للطعن إلا في الجوانب المادية ، ولكنها بالرغم من ذلك تكون قد تزوجت كل ذلك يصبح مرهون بالنتيجة التي ينتهي إليها الطعن بالنقض .

[3]- زودة عمر، طبيعية الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 143 .

و في هذا المجال لما تفصل المحكمة العليا في موضوع الطعن في حالة تأسيسه، تقضي إما: نقض الحكم أو القرار المطعون فيه مع الإحالة[1]، وذلك بإحالة القضية والأطراف إلى نفس الجهة القضائية مصدرة الحكم مشكلة تشكيلاً أخر طبقاً للمادة **(364)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، باعتبار المحكمة العليا جهة قانون لا موضوع، ومتى حصل وأن نقضت القرار المعروض على رقابتها، فتضطر إلى إحالة القضية إلى الجهة مصدرة الحكم أو إلى جهة أخرى للفصل من جديد[3].

أو أنها تنقض الحكم أو القرار دون إحالة فلا يؤدي نقض الحكم أو القرار دائماً إلى إحالة القضية والأطراف إلى جهة قضائية متى كان حكم المحكمة العليا فيما فصل فيه من نقاط قانونية لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه[4]، طبقاً للمادة **(365)** من نفس القانون ففي كل الأحوال سواء قضت المحكمة العليا بالنقض مع الإحالة أو بدون الإحالة يترتب عن ذلك زوال الحكم محل الطعن [5]

---

[1] - ويترتب على الطعن بالنقض، ماعدا حالات النقض بدون إحالة، ومع مراعاة الآجال و الإجراءات المطلوبة لإرجاع الدعوى بعد النقض، إحالة الدعوى إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المنقوض أو جهة من نفس الدرجة و النوع، أن قضت بالنقض فإما أن يكون كليا أو جزئيا و يعيد قرار النقض الخصوم إلى الحالة التي كان عليها قبل صدور الحكم المنقوض فيما يتعلق بالنقاط التي شملها النقض و يلغى بالنتيجة الحكم الصادر بعد نقضه وعلى الخصوم الالتزام بما قضت به المحكمة العليا من حيث نطاق النقض وبعده القانوني فالمحكمة العليا تقضي في حدود الأوجه المثارة أمامها غير انه يمكن لها في جميع الأحوال أن تثير أوجه طعن بمبادرة منها و هو ما يسمى بالأوجه المثارة التلقائية

[2] - تنص المادة**(364)**من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:" **إذا تقض الحكم أو القرار المطعون فيه، تحيل المحكمة العليا القضية، أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيلة جديدة، وإما أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع و الدرجة .....".**

[3] - بشير سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون – الجزائر: السنة الجامعية 2006/2005، ص 153 .

[4] - بشير سهام، المرجع نفسه، ص 148و 149 .

[5] ومن أمثلة القرارات التي انتهت إلى قبول الطعن بالنقض:مع الإحالة القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991 حيث قضى بما يلي: " **بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفاً للقانون، خصوصًا المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك، ولم يتعرض بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، أن المادة 49 من ق أ تنص صراحة على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح ..." إذن فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له الأمر الذي يستوجب نقضه "**، **<u>انظر</u>**: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار75141 رقم مؤرخ في 1991/06/18، **<u>المجلة القضائية</u>**، عدد 01، 1993، ص 65 ، يؤكد قرار أخر للمحكمة العليا أنه:" **...من المقرر قانونا لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح**

يثير الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في ماعدا الشق المادي، جملة من المسائل و التي بدورها تثير كثيًرا من الجدل، ومن هذه المسائل ما يتعلق بإمكانية إحياء العلاقة الزوجية من جديد(**أ**)، وكذا إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة أجنبية عليه(**ب**)، ضف لذالك مشكلة التوارث بين المطلقين(**ج**) ، وكذا مشكل تعدد الأزواج بالنسبة لزوجة(**د**) ما قد يجعلها في قفص الاتهام بتهمة الزنا(**د**)

أ- إحياء العلاقة الزوجية بإعادة الحالة الى ما كانت عليه:

يعتقد الكثير من رجال القانون باعتبار الصلح إجراء جوهريا فإن تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، حسب تفسيرهم لنص المادة (**49**) من قانون الأسرة ، الأمر الذي يجعل الحكم قابلا للطعن فيه بالنقض، ما يترتب عليه كأثر مباشر ناجم عن نقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية طبقاً لنص المادة (**48**) من قانون الأسرة بإعادة الزوجين إلى مراكزها السابقة فيبقى مركز الزوجين قائما بزوال الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية أي بمعنى إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها في حالة قبوله[1]، سواء بالطلاق أو الخلع أو بالتطليق، غير أنه لا يعاد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور هذا الحكم في حال عدم اعتبار الصلح كإجراء جوهري لأنه لا يقبل الطعن بالنقض .

ب- إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة أجنبية عليه:

إن المقصود بنفقة الزوجة هو ما يطالب به الزوج شرعًا نحو زوجته، من مشتملات الإنفاق،**.** وسبب استحقاقها هو الاحتباس المشروع المؤدي إلى مقاصد الزواج[2]، والنفقة تجب للزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة طبقاً لنص المادة (**74**) من قانون الأسرة.

من طرف القاضي كما تنص على ذلك المادة 49 من قانون الأسرة ، و من الثابت في قضية الحال أن الزوج المطعون ضده رفع دعوى الطلاق لم يحضر إطلاقا جلسة الصلح، وحضرت الزوجة الطاعنة وحدها رغم تأجيل القضية عدة جلسات، حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة تنص على انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، حيث انه يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن أن المطعون ضده طالب الطلاق تغيب عن جلسة الصلح بينما حضرت الطاعنة و تمسكت بالرجوع إلى بيت الزوجية، وحيث أن حضور طالب الطلاق أو التطليق آو الخلع أو جلسة محاولة الصلح وجوبي كما جرى اجتهاد هذه الغرفة، و إلا أصبحت محاولة الصلح مجرد إجراء شكلي، وعليه فان هذا الوجه مؤسس وينجز عنه نقض الحكم المطعون فيه. وحيث ان المطعون ضده الذي رفع دعوى الطلاق لم يحضر جلسة الصلح، و بالتالي لم يبق من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، مما يتعين أن يكون نقض الحكم بدون إحالة ..."، **انظر** المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 683727، مؤرخ في 2012/04/12، **غير منشور** .

[1]- بشير سهام، مرجع سابق، ص 140.

[2]- غضبان مبروكة، مرجع سابق، ص 27.

غير أنه إذا وقع الطلاق وانتهت العدة، بانت الزوجة المطلقة من مطلقها ولم تعد زوجته لا في الشرع، ولا في القانون وعليه لا يصبح الرجل ملزماً بالإنفاق على امرأة أجنبية[1]، لكن إذ تم اعتبار الصلح إجراء جوهري فإن تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، وفي هذه الحالة يلزم الرجل بأن ينفق على امرأة أجنبية في الشرع، والتي تعد في نفس الوقت زوجته بقوة القانون[2]، وتبعاً لذلك فإن الزوجة كأصل عام توجب لها النفقة استنادًا إلى قيام العلاقة الزوجية ما لم تسقط عنها بسب شرعي كنشوزها[3]، ولو أثناء فترة الصلح يبقى الزوج ملزماً بالنفقة على الزوجة.

حيث يعتبر القانون العلاقة الزوجية قائمة خلافًا للشريعة الإسلامية، التي تعتبر العلاقة الزوجية منتهية بانتهاء العدة [4]، و بالتالي حسب هذا الاعتقاد يمكن أن تعود على مطلقها بدعوى النفقة، غير أنه إذا اعتبرنا أن الصلح إجراء غير جوهري فلا يترتب نقض الحكم و لا يلزم الرجل بالإنفاق على امرأة أجنبية، وبالتالي لا تخلق وضعيات حرجة مخالفة للشرع وكذا قانون الأسرة، و حسب هذا الاعتقاد يمكن أن تعود على مطلقها بدعوى النفقة .

ج-توارث بين المطلقين:

يعتقد أنصار الصلح الجوهري، أنه و بعد النقض يكون الحكم القضائي كخط فاصل بين من يرث ومن لا يرث إذا حدثت الوفاة بعد النقض، طالما أن قرار المحكمة نقض الحكم المطعون فيه، فإن الحي منهما من الزوجين يرث الآخر في حالة وفاة أحدهما وهو أمر غريب جدًا ، إذ يتنافى مع المنطق القانوني، و مخالف لشرع و القانون، و خاصة المادة **(126)** من قانون الأسرة التي تحدد أسباب الإرث بنصها على أن " **أسباب الإرث القرابة و الزوجية** "، وقيام الزوجية معلق على أمرين إما أن الزوج لم يطلق أصلاً فالزوجية قائمة حقيقة أو أن الزوج طلق فعلاً ولكن الزوجية لا تزال قائمة حكماً خلال فترة العدة، أما بعدها تتحول طبيعة الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن والبائن لا توارث فيه فلا علاقة للحكم القضائي باستحقاق الإرث، فالأحرى والأجدر أن لا تطرح مسألة الطعن بالنقض بسبب تخلف الصلح كون هذا الأخير لا علاقة له بالحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية.

---

[1] - بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 172.

[2] - بوجاني عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص 210 .

[3] - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 146.

[4] - هرنان عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر، منشورات المجلس الأعلى الإسلامي 2012، ص 49و 50 .

ومن ينادي بوجوب الإرث بين رجل وامرأة أجنبية دون أن يتفطن أو يراعي طبيعة الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، يكون قد وقع بدون شك في الخطأ، فيورث شخصين لا يرثان، و بذلك يكون قد أقر بميراث بين مطلقين أو بين أجنبين، والغريب في الأمر أن المشرع حصن أحكام الطلاق بأن جعلها تنفذ مباشرة ووجوبًا بسعي من النيابة العامة، ومن جهة أخرى يجيز الطعن فيها بالنقض، إن ما بناه بيمينه يهدمه بشماله ولو كان يقصد النقض في غير الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية حينها يكون الأمر أقل خطورة .

والجدير بالذكر كيف للمحكمة العليا أن تقضي بإلغاء الحكم المطعون فيه، ومن ثم توارث بين شخصين مطلقين مع انعدام أسباب الميراث ؟[1]، فهما مفتقدان لصفة الزوجان سواء تم قبول الطعن أو تم رفضه، بل و أكثر من ذلك ما تنص عليه المادة **(131)** من نفس القانون، إذا ثبت بطلان النكاح، فلا توارث بين زوجين " فكيف يكون الأمر في حال عدم وجود أصلاً زواج بقوة القانون بعد النقض، فقرار المحكمة العليا يزيد من الأمر تعقيدًا مما يتعين على المشرع بالتدخل [2]، لوضع حد لمثل هذه الممارسات القضائية.

لكن إذا اعتبرنا أن الصلح إجراء غير جوهري وبالتالي ليس من شأنه أن يرقى إلى إلغاء الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية على أساس مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، و لا يكون هناك نقض لأي حكم قضى بفك الرابطة الزوجية، و طبعاً إذا توفي أحد الزوجين فلا توارث بين المطلقين باعتبار الخلع أو التطليق أو الطلاق بالتراضي طلاق بائن و في ذلك يقول الإمام مالك: "و لا يتوارثان ولا رجعة له عليها" [3].

د -تعدد الأزواج بالنسبة للمرأة:

يترتب على اعتبار الصلح إجراء جوهري، أن تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، وفي حالة فرضا تم قبول هذا الطعن يتم إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها، لكن المشكل يكمن في حالة ما إذا كانت الزوجة تزوجت بزوج آخر خلال فترة الطعن، فتكون حسب أنصار الصلح كإجراء جوهري في عصمة زوجين أي مازالت في عصمة الزوج الأول، وكذا الزوج الثاني الذي تزوجت به خلال فترة

[1] - بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 171.

[2] - عمرو خليل، مرجع سابق، ص 209 .

[3] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص 212.

النقض، حيث يحق لزوج الأول تحريك الدعوى العمومية لمتابعة الزوجة بجريمة الزنا، غير أن هذه القراءة غير سليمة حيث ان نقض الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية أمر خطير جدًا

في حين إذا اعتبرنا الصلح إجراء غير جوهري لا يؤثر تخلفه على حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، وبالتالي إعادة المرأة الزواج من زوج آخر بعد طلاقها من الزوج الأول، وقضاء عدتها يجعلها في عصمة الزوج الثاني فقط .

و - متابعة الزوجة بجريمة الزنا:

قد تكون الزوجة تزوجت بزوج أخر خلال فترة الطعن بالنقض، كما ذكرنا أعلاه، وهنا نكون أمام فرض غير منطقي أن الزوجة مازالت في عصمة الزوج الأول، ويحق لهذا الأخير تحريك الدعوى العمومية لمتابعة الزوجة بجريمة الزنا، في حين أن الأمر ليس كذلك طالما أن إجراء الصلح لا يعد إجراء جوهرياً، ولا يترتب عنه نقض الحكم ولا متابعة الزوجة جزائياً، مما يستوجب على القاضي الجزائي الناظر في مثل هذه الوقائع أن يطرح سؤال جوهري حول مدى قيام العلاقة الزوجية، لأنها تعد حجر الزاوية للفصل في موضوع النزاع.

قبل التعرض لذلك، ينبغي بداية التطرق إلى معنى جريمة الزنا وأركان قيامها، فلم تضع القوانين الوضعية المختلفة تعريفا لجريمة الزنا، بل اكتفت بأن حددتها بصيغ و عبارات مختلفة فقد عرفها بعض الفقه:"ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج، مع امرأة برضاها حالة قيام الزوجية فعلاً أو حكمًا"[1]، والمشرع جرم الفعل بموجب المادة **(339)** من قانون العقوبات بهدف المحافظة على حق كل من طرفي الرابطة الزوجية، في عدم إخلال أحدهما بهذا الزواج وصيانة نظام الأسرة[2]، إذ من كل حق الزوجين أن يستأثر بالعلاقات الجنسية لزوجه، ويترتب عليه بالمقابل الالتزام بالإخلاص الجنسي لزوجه فتجريم الزنا فيه حماية للمجتمع وليس حماية لحق الزوج المجني عليه فقط[3].

مما يتقدم يتبين أن جريمة الزنا في المفهوم القانوني تشترك مع مفهوم الزنا في المفهوم الشرعي في ركنين هما الوطء و القصد الجنائي، فلقد ورد النص على جريمة الزنا في المادة**(339)** السالفة الذكر

---

[1] - منصوري المبروك، مرجع سابق، ص 160 .

[2] - نوفل علي عبد الله الصفو، جريمة الزنا في القوانين الوضعية –دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، **الرافدين للحقوق** مجلد 2، عدد 21، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2003، ص 167 .

[3] - المرجع نفسه، ص 168 .

وإن كانت جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية تحصل بمجرد الوطء غير المشروع في فرج الأنثى، فإنه وفي قانون العقوبات لابد من توفر أركان لحصول جريمة الزنا وهي:

-الركن الأول: يتمثل في قيام العلاقة الزوجية الصحيحة، فلابد أن يقع الوطء وعلاقة الزواج قائمة فعلاً [1] ويقصد بقيام الرابطة الزوجية أي هناك علاقة تجمع الزوجين حقيقة أو حكمًا، و التي تلزم كل زوج بالإخلاص نحو الآخر[2]، فوفقا للمفهوم القانوني يشترط أن تكون المرأة مرتبطة بعقد زواج صحيح [3] فالجريمة لا تقع إلا من متزوج - زوجا كان أم زوجة - وهذا ركن إضافي لا يتطلب توافره في المفهوم الشرعي للزنا[4]، فلا يعد الفعل زنا إذا ما وقع بعد انحلال الرابطة الزوجية بوفاة الزوج [5]، أو بالطلاق لكن في هذا الموضع يجب التفرقة بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي[6]، فالطلاق الرجعي يقع طلقة واحدة ولا يترتب عليه رفع أحكام الزوجية قبل مضي فترة محددة من الزمن يطلق عليها في الشريعة الإسلامية بالعدة، وهذا الطلاق لا يزيل العصمة الزوجية بل يبقى الزواج قائم حكماً مادامت المرأة في عدتها، لأن الزوج في هذه الحالة يجوز له مراجعتها و أن يردها إلى عصمته في أي وقت شاء، لكن خلال العدة وعليه فجريمة الزنا تقوم إذا وقعت من المرأة خلال هذه الفترة أثناء مدة العدة وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري[7]، أما في الطلاق البائن نميز بين نوعين من الطلاق طلاق بائن بينونة صغرى، طلاق بائن

---

[1]- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 135 .

[2]- منصوري المبروك، مرجع سابق، ص 163 .

[3]- وهنا تظهر علة التجريم فلم يكن تجريم الفعل لأنه يشكل اعتداء على الحرية الجنسية لان الفعل قد تم برضا الطرفين وكذلك لمساسه بحقوق الزوجية التي تترتب على قيام العلاقة الزوجية ،ويشترط لارتكاب الفعل قيام العلاقة الزوجية فعلاً أو حكمًا، فالوطء قبل الزواج وأثناء الخطبة لا يعد زنا، إذ أن حقوق الزوجية لا تكتسب إلا بعد انعقاد عقد الزواج.

[4]- نوفل علي عبد الله الصفو، مرجع سابق، ص180، هذا ما يؤكد بأن المشرع الجزائري استلهم تجريم التشريع على شاكلة ما ورد في القانون الفرنسي في المواد **(336)** إلى **(339)** من قانون العقوبات الفرنسي والتي تعاقب على العلاقات الجنسية التي ترتكب من طرف أحد الزوجين، **أنظر في هذا الصدد**: بن مشري عبد الحليم، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، **مجلة العلوم الإنسانية**، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، عدد10، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 185.

[5]- نوفل علي عبد الله الصفو، المرجع نفسه، ص183.

[6]- المرجع نفسه، ص184 .

[7]- من خلال القرار رقم 570 المؤرخ في 6 جوان 1989، حيث قضت المحكمة العليا بقيام الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد الزواج مع رجل أخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها و بين زوجها الأول نهائيا، **أنظر**: -منصوري المبروك مرجع سابق، ص 164، وكذا في القرار رقم 281 الصادر بتاريخ 1986/5/13، في حق الزوجة التي تزوجت مع رجل

بينونة كبرى فإذا ارتكبت جريمة الزنا من طرف أحد الزوجين بعد الطلاق البائن مهما كان نوعه لا تعتبر جريمة زنا لأن العلاقة الزوجية انتهت، و تبعًا لذلك تنتفي تهمة الزنا[1]، وكذا الأمر نفسه ولو وقع الوطء على امرأة مطلقة طلاقاً بائناً فلا يعتبر الوطء زنا في نظر القانون لأن الطلاق البائن يزيل ملك الزوج أو عرى الزوجية[2]، ويكون التبليغ من طرف الزوج المتضرر، حال قيام الرابطة الزوجية فإن حدث الطلاق بينهما لا يجوز للزوج المتضرر المطلق أن يبلغ عنها[3].

طبقاً لنص المادة **(330)** من قانون الإجراءات الجزائية،فإذا كان عقد الزواج باطلاً أو فاسدًا أو وقع الطلاق كان للفسخ أو البطلان أو الطلاق الواقع أثر رجعي، و لا تقوم جريمة الزنا بفعل ارتكب بعد التقرير بالطلاق أو البطلان أو الفسخ[4]، وأما إذا كانت الرابطة قد انحلت بالطلاق و بعد مضي عدة سنوات تزوجت المطلقة بشخص آخر لا جريمة و لا عقاب، لأن الشاكي فقد نهائياً ملك عصمة مطلقته والحكم بخلاف ذلك يترتب عليه البطلان والنقض[5].

- الركن الثاني: لا تقوم جريمة الزنا إلا بحصول الوطء غير المشروع، أي أن يتم اتصال جنسي صحيح بين ذكر وأنثى[6].

وأما عن الركن الثالث: هو الركن المعنوي ،أي القصد الجنائي ،والذي يعني اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المجرم مع العلم بأركانه وهي جريمة عمدية ويعتبر القصد متوفرًا في حق الزوج المضرور متى ارتكب الفعل عن علم و إرادة، بأنه متزوج و يواقع شخص آخر غير زوجه[7] ، أما عن إثبات هذه

أخر بالفاتحة دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها و بين زوجها الأول، قرار غير منشر **انظر**: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 136

[1] - منصوري المبروك، المرجع السابق، ص 165 .

[2]- بن مشري عبد الحليم، مرجع سابق، ص 191 .

[3] - منصوري المبروك، مرجع سابق، ص 165 .

[4] - بن مشري عبد الحليم، المرجع نفسه، ص 192 .

[5]- المرجع نفسه، ص 193.

[6] - وعليه تتحقق جريمة الزنا متى كان الإتصال الجنسي واقعاً بين رجل وامرأة ليست ملكا له أو حلا له، وكما يتطلب الأمر الرضا الصريح، **لتفصيل اكثر انظر**: -منصوري المبروك، مرجع سابق، ص 162.

- عبد الرحيم الأنوار، مرجع سابق، ص 63.

[7]-منصوري المبروك، المرجع نفسه، ص 166 .

الجريمة، فقد قيدها المشرع بأن خص هذه الجريمة بقواعد إثبات خاصة محصورة في المادة (**341**) من قانون العقوبات[1]،نظرًا للطبيعة الخاصة لهذه الجريمة، ولاسيما ضرورة تقديم شكوى من الزوج المضرور.

فلا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المضرور إذا كانت الزوجة هي الفاعل الأصلي، أما إذا كان الزوج هو الفاعل الأصلي لا تتم المتابعة إلا بشكوى الزوجة وكما لا تصح المتابعة إذا كانت الشكوى من غيرهما سواء الأولياء أو الأخوة أو حتى النيابة العامة .[2]

لا يحق للزوج المتضرر أن يتابع السيدة (الزوجة) التي أعادت الزواج جزائيا، بجريمة الزنا التي وقعت أو تم التبليغ عنها بعد الطلاق، فالقانون لا يعاقبها في هذه الحالة[3]، فلا تقبل أية شكوى بعد انحلال الرابطة الزوجية من أجل وقائع وقعت بعد صدور حكم الطلاق، لأن الشاكي لا تتوفر فيه صفة الزوجية [4] وبالرجوع إلى القرار الصادر في **13 /05/ 1989** عن المجلس الأعلى للقضاء نجد فيه ما يلي : " **لا تتحقق جريمة الزنا إلا إذا ارتكبت حال قيام الزوجية بين الشاكي و الزوجة المشكو ضدها** ". ولاسيما المادة (**49**) من قانون الأسرة تنص على أن الطلاق يثبت بحكم قضائي، وعليه فإن الزواج يعتبر منحلاً متى صدر حكم من قاضي شؤون الأسرة، يقضي بانحلال الزواج وعليه لا تقوم الجريمة إذا ما ارتكب الفعل بعد صدر هذا الحكم[5].

---

[1]لا يجوز إثبات جريمة الزنا إلا بـ: احدى الوسائل الثلاث التي وردت على سبيل الحصر: 1-محضر إثبات التلبس المحرر من طرف ضابط الشرطة القضائية،2- إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من متهم، 3- أو الإقرار القضائي بالاعتراف أمام القضاء

[2] - بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 139، الزوج المضرور الذي له الحق وحده في تقديم الشكوى وفي التنازل عنها في إي مرحلة كانت عليها الدعوى، وقد أخذت بهذا الاتجاه القوانين العربية التي لم تحذوا حذو الشريعة الإسلامية منها التشريع الجزائري فالقانون الجزائري لم يجرم واقعة الزنا إلا في حالة الوطء، من خلال نص المادة (**339**) من قانون العقوبات على خلاف المشرع المغربي الذي ذهب أكثر من ذلك بان سمح للنيابة العامة بمتابعة الزوج الأخر في حالة غياب الزوج المتضرر **أنظر**:- منصوري المبروك، مرجع سابق، ص 161.

[3] - المرجع نفسه، ص 164 .

[4] - المرجع نفسه، ص 167 .

[5] - بن عودة حسكر مراد، الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2012-2013، ص 155.

لكن إذا اعتبرنا أن الصلح ليس إجراء جوهريا في حال تخلفه، نكون كفينا جهاز القضاء عناء المتبعات التي لا أساس لها، لأنه إذا تزوجت هذه المطلقة بزوج آخر بعد أن بانت منه، بعد قضائها للعدة وأصبحت حرة و لا يمكن متابعتها، و إلا عدت الإجراءات باطلة.

لا يطبق نص المادة **(339)** من قانون العقوبات، في هذه الحالة على هذه المرأة و كل المتابعات لا أصل ولا أساس لها قانونًيا في الواقع، لأن المشرع قصد بها حماية الزوجية لا تطبيقها خارج نطاق الزوجية، والمفروض على النيابة العامة في مثل هذه الأحوال أن تقرر حفظ الملف، لأنه في هذه المسألة أسيئ فهم قانون العقوبات، بالرغم من أن التفسير فيه ضيق، على أساس أن المشرع جاء بنص المادة **(339)** لحماية الزوجية، فهي تطبق عند وقوع اعتداء على حق أحد الزوجين، لا على شخصين أجنبين.

وللخروج من هذا المأزق على القاضي أن يصرح ببراءة السيدة لانعدام القصد الجنائي، فهذه المرأة بريئة شرعًا و قانونًا، بعد الإجابة على سؤال مفاده هل الزوجية قائمة أم لا ؟ إذا كانت قائمة يطبق النص أما إذا كانت الزوجية غير قائمة لا يمكن أن يحكم بالزنا.

وفي هذا الوضع الزوجية غير قائمة فالمشرع لم يتكلم عن فك الرابطة الزوجية[1]، وإنما تكلم عن حالة قيام الزوجية وهذه الأخيرة، لا تخرج عن حالتين هما قبل وقوع الطلاق وبعد الطلاق قبل انتهاء العدة [2]، ولهذا قانون الأسرة يمنع الزواج بالمعتدة، لأنها زوجة حكًما وبمفهوم المخالفة بعد فوات العدة يجوز الزواج بها، وبمجرد أن القاضي الجزائي يبسط رقابته على ركن العلم فيما إن كان متوفًرا لدى الزوجة؟، مما لا شك فيه سوف يصل القاضي إلى تقرير انعدام القصد الجنائي لها، فضلاً عن انعدام العلاقة الزوجية التي بدورها ركن أساسي في قيام الجريمة، و بالتالي لا تقوم الجريمة في حقها، كونها مطلقة والحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بينها وبين مطلقها تم تنفيذه طبقاً لمقتضيات نص المادة **(452)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يستند على الحكم المنقوض، اذ لا عبرة به أمام وجود حكم بفك الرابطة الزوجية.

غير أن الثابت من خلال المتابعات القضائية على أساس قرارات المحكمة العليا التي نقضت أحكام فك الرابطة الزوجية تطبيقا لنص المادة **(339)** من قانون العقوبات، هي متابعات جزائية لا أساس لها فيكون ممثل الحق العام قد تجاوز القانون وتكون متابعته على أساس باطل بدلا من أن يحفظ القضية لانعدام الجريمة أصلا و يكون القاضي الجزائي -قاضي الموضوع -مخطئا في تطبيق القانون إذا حكم

---

[1] - لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2] - تنص المادة **(30)** من قانون الأسرة على ما يلي :" **يحرم من النساء مؤقتا ...المعتدة من طلاق أو وفاة ....**".

بإدانة السيدة البريئة من جرم الزنا، فلا مجال للشك في البراءة لعدم توفر القصد الجنائي على أساس أن السيدة تعتقد أنها بمجرد صدور الحكم المثبت لفك الرابطة الزوجية أصبحت مطلقة و أجنبية، ولاسيما وأنها اعتدت و أن حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي ينفذ بمجرد صدوره، و الغريب في الأمر أن يكون تنفيذه بسعي من النيابة العامة، هذه الأخيرة هي من تحرك الدعوى بعد اتصالها بشكوى الزوج المضرور.

ثانياً-عدم جواز الطعن بالنقض لتخلف إجراء الصلح في أحكام فك الرابطة الزوجية:

تنص المادة (**57**) من قانون الأسرة على ما يلي:

" **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ...**" [1]، فنفهم من المادة أن الأحكام في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية لا تقبل الطعن بالاستئناف[2]، و بمفهوم المخالفة قد تقبل طريقًا آخر من طرق الطعن، وهو الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا وهو ما نصت عليه المادة **452** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بطريقة غير مباشرة بنصها على ما يلي:

" ***لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451 أعلاه*** " .

قد يكون السبب الذي يجعل الطلاق قابلاً للطعن في غير جوانبه المادية، كالاستناد على خرق بعض الإجراءات ومن بينها عدم إجراء القاضي للصلح بين الزوجين، لكن المشكل يكمن في قابلية أحكام الطلاق و التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي، للطعن بالنقض من جهة ومن جهة أخرى لا يتوقف تنفيذها، فبإمكان الزوجين الحصول على نسخة تنفيذية وينفذ ما أمكن تنفيذه و يصبحان في هذه الحالة بمثابة الأجنبيان عن بعضهما البعض، و لكن ما هو جدوى الطعن بالنقض إذا كنا نتكلم عن فك الرابطة

---

[1]- نص المادة (**57**) من قانون الأسرة لم تستثني الطعن بكل طرقه، وإنما إقتصرته فقط على عدم الاستئناف، بخلاف المشرع المغربي من نص المادة (**128**) من مدونة الأسرة المغربية التي تقضي بان فيما يخص التطليق و الخلع تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية .

[2]- فالأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية تصدر ابتدائياً و نهائيًا –أي في أول و آخر درجة -في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية وابتدائيًا فيما يتعلق بجوانبه المادية، كالتعويض، و توابع فك العصمة الزوجية من نفقة العدة و الإهمال وكذا نفقة الأبناء إن وجدوا و بدل الإيجار، والتي يجوز الاستئناف في شقها المادي، **أنظر**: مراد نعوم، مرجع سابق، ص 126.

الزوجية في حد ذاتها،على فرض أن المحكمة العليا بعد وقت طويل تقرر قبولها للطعن بالنقض لإغفال إجراء أو لخطأ في تطبيق القانون، و يرجع الملف للنظر فيه مجددًا فتكون الزوجة بهذا الإجراء لازالت زوجة من طلقها، لأن قرار المحكمة العليا بقبول الطعن وقضائها بالنقض يجعل المطلقين زوجين بأثر رجعي.

فقد سبق القول أن حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي، يصدر نهائي و ينفذ رغم الطعن بالنقض طبقاً لنص المادة (**452**) المذكورة أعلاه فالسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح هو كيف يمكن نقض هذه الأحكام دون الأخذ بعين الاعتبار لطبيعتها النهائية، والتي قد نفذت ورتبت أثارها القانونية، وهل معنى ذلك أنه لم تعد نهائية ولا عبرة من تنفيذها وجوبا؟، وكيف يتصرف الزوج المطعون ضده أو الزوجة المطعون ضدها أمام المفاجئة التي جاء بها قرار النقض؟، خاصة وإن كانت الزوجة في ذمة زوج آخر تزوجته بعد قضائها لعدتها؟.

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، كان نقض الحكم القاضي بالطلاق أو التطليق أو الخلع يوقف التنفيذ، حيث كان ضابط الحالة المدنية في هذه الحالة لا يؤشر على هامشي عقدي ميلاد الزوجين بفك الرابطة الزوجية إلا عند موافاته بشهادة عدم الطعن بالنقض، و بالتالي تبقى المرأة معلقة لا هي متزوجة و لا هي مطلقة ومصيرها مرتبط بنتيجة الطعن بالنقض المرفوع.

الأصل في الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ، أي أن هناك مبدأ احترام قوة الشيء المقضي فيه ثم تجسيد مبدأ الحق في التنفيذ، والمادة (**1/361**) تؤكد ذالك:

" لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار...".

*لكن الاستثناء الذي تبناه المشرع في نفس القانون أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ، حسب المادة **(348)** في فقرتها الثانية التي تنص على ما يلي:*

---

[1] - في السابق ورغم صدور الحكم المثبت لفك الرابطة الزوجية ينقضي المركز القانوني للزوجين، إلا أن هذا الانقضاء ليس نهائياً فهو يتوقف على انقضاء ميعاد الطعن بالنقض، أو في حالة ممارسته وطيلة عدم الفصل في الطعن تبقى الزوجة عالقة، لأنه لا يمكن لها الزواج لأنها إن أرادت أن تنفذ الحكم يطلب منها شهادة عدم الطعن بالنقض، وإذا انتهى القرار إلى النقض، يبقى مركز الزوجين قائمًا بحيث نقض الحكم المطعون فيه يعيد الأطراف إلى الحالة التي كان عليها، وميعاد الفصل في النقض قد يتراخى عدة سنوات وبذلك تكون العدة قد انقضت مما يجعل الزوجة حرة في إعادة الزواج مرة أخرى وكان يطرح سؤال فيما إذا تزوجت و لم يصدر قرار المحكمة العليا فيما يخص الطعن المرفوع، فكان إذا تم رفض الطعن بالنقض لا يطرح إشكال، أما إذا انتهى الطعن بالنقض بإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه فتبقى علاقة الزوجية قائمة إن لم نقل تم إحيائها .

": .. ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ." وكذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة **361** من نفس القانون "*... ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير* ".

غير أنه نظرًا لخصوصية أحكام فك الرابطة الزوجية، عمل المشرع على إيراد استثناء على مستوى إيقاف التنفيذ، بأن سمح بالخروج عن القاعدة العامة في المادة "**2/361** . إلى الاستثناء الذي تقرره نص المادة (**452**)من ذات القانون والتي تنص على ما يلي:

" ***لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451 أعلاه*** "**.**وكذا ما تنص عليه المادة **(435)**: *" لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم* ."

حيث سمح المشرع في حالات الطلاق أو التطليق أو الخلع أو حتى الطلاق بالتراضي بتنفيذ الحكم رغم وجود الطعن بالنقض، وفي اعتقادي هذا المقتضى الجديد جاء لكي ينسجم أكثر مع ما نصت عليه المادة **49** الفقرة **03** من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي:

"..*تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة* ." .

لا يوقف النقض تنفيذ الحكم الذي قضى به القاضي مما يجعله ينفذ فورًا، و باستطاعة الزوجين أو احدهما أن يطلب تسجيل الخلع أو الطلاق لدى مصلحة الحالة المدنية، بل يجب على النيابية العامة أن تسعى إلى ذلك[1]، و لاسيما وأن ذات منطوق الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، القاضي يأمر من خلاله بتأشير الطلاق على هامش عقد الزواج الطرفين و على شهادة ميلادهما.

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطعن بالنقض كان يمارس من قبل بعض الأزواج حتى تبقى الزوجة معلقة، فيطعن أمام المحكمة العليا و يتركها أربع سنوات أو أكثر فالمدة قد تطول فالزوج لما يطعن بالنقض ليس بهدف مراجعة زوجته، وإنما بهدف إبقاء الزوجة معلقة، لأنه آنذاك كان لا يمكن أن يسجل التطليق أو الخلع إلى غاية أن تفصل المحكمة العليا، في الطعن بالنقض المرفوع أمامها وحتى أنه لا يتم منح إخبار بالطلاق إلا بعد إحضار شهادة عدم الطعن بالنقض.

كنتيجة لهذا الوضع ولكي لا تبقى المرأة معلقة، يمكن القول أن السياسة التشريعية الإجرائية الجزائرية وفقت إلى حد بعيد لما جعلت من أحكام الطلاق غير موقوفة التنفيذ، لتستقر بذلك المراكز

---

[1]- تقضي المادة **49** فقرة **02**من قانون الأسرة أن تسجيل أحكام الطلاق وجوباً بسعي من النيابة العامة، وتشتمل أحكام الطلاق، الطلاق الصادر عن إرادة الزوج أو بتراضيهما أو التطليق أو الخلع، **أنظر:** بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في الخلع، مرجع سابق، ص 207و 208.

القانونية [1]، حيث تفطن المشرع إلى هذه النقطة بإقراره عدم وقف تنفيذ أحكام فك الرابطة الزوجية، إلا أنه سهى بأن ترك مجال الطعن بالنقض مفتوح، على خلاف المشرع المغربي الذي تجاوز هذه الصعوبة من خلال مدونة الأسرة ، حيث قرر عدم قابلية القسم المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية لأي طعن.

فنقترح أن ينص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمناسبة تعديله لقانون الأسرة كتكملة لنص المادة **(57)** - بإعادة الصياغة -على النحو الأتي:

" ***أحكام الطلاق و التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن إلا ما تعلق بجوابها المادية وكذا الحضانة*** "

بهذا يحل الإشكال بغلقه مجال الطعن وهذا هو المنطق، على أساس أن هذا النوع من الأحكام لا تقبل الطعن بالنقض في هذا الشق، على أساس أن الطلاق نهائي و لا يقبل لا الاستئناف، و لا المعارضة، و لا التماس إعادة النظر، ولا اعتراض الغير الخارج عن الخصومة .

حسب وجهة نظري أن الطعن بالنقض هنا يكون لصالح القانون ولا علاقة له بالأطراف، وإن ثبت للمحكمة مخالفة فتصرح بها، لكن دون أن تغير في المراكز القانونية وتصرح بالمخالفة فقط و لا تتجاوزها إلى النقض.

باعتبار الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية حكم ابتدائي و نهائي[2]، و بالتالي لا يستطيع القاضي مراجعة الحكم الذي قضى بالخلع أو بفك الرابطة الزوجية بأي طريقة كانت، فحكم المحكمة بفك الرابطة الزوجية بالخلع أو غيره من أنواع فك الرابطة، يتميز أنه ذو طابع خصوصي ونهائي غير قابل للمراجعة، و الطلاق المنطوق به بائن –ما لم يكن رجعي -مما يجعل الزوجة أجنبية عن الزوج وعلى ذلك لا يمكن لقضاة المحكمة العليا أن يهدموا الطلاق الذي نطق به الزوج وإلا وقعوا في الإثم، فلو رجعت الزوجة إلى زوجها بعد أن يلغي القاضي الحكم بفك الرابطة الزوجية فإن الرجل و المرأة يصبحان في حكم الزانيان و يقعان في الإثم[3].

على خلاف ما كان سائدا قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فالطعن بالنقض في الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية أمام المحكمة العليا يوقف التنفيذ، وبذلك لا تستطيع الزوجة باعتبار

---

[1] - بوزيد وردة، مرجع سابق، ص 28.

[2] - قضاة شؤون الأسرة يوردون في أحكامهم عبارة "***فصلاً في مسائل شؤون الأسرة حكمت المحكمة علنيا حضوريا نهائيا***" فيما يخص فك الرابطة و ابتدائياً في الشق المادي .

[3] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في الخلع، مرجع سابق، ص 258 .

نفسها منحلة من الرابطة الزوجية، وعقد زواجها من زوج آخر مادام المحكمة العليا لم تقض بعد في الطعن بالنقض، عكس ما هو عليه الأمر الآن في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي كان أكثر دقة حيث نص على عدم وقف الطعن بالنقض تنفيذ حكم قاضي شؤون الأسرة وعدم تعليقه على أي شكلية، فأصبح هنالك استثناء مجسد في نص المادة **(452)** من القانون نفسه، أين تفطن المشرع فيما يخص النص على تنفيذ الحكم رغم الطعن فيه بطريق النقض.

كان يستحسن لو أن المشرع الجزائري يغلق باب الطعن في مثل هذه الأحكام، على غرار التشريع المغربي[1]، لأنه إذا كان لا يجوز استئناف أحكام الطلاق والتطليق والخلع[2]، وكذا أحكام الطلاق بالتراضي [3]، والنظر فيها من قبل غرفة شؤون الأسرة على مستوى المجلس القضائي، و التي تمنع من مناقشة مسألة فك الرابطة الزوجية، فمن باب أولى أن تمتنع المحكمة العليا لأن الآجال "**أبعد** " عكس الآجال أمام المجلس، فالمجلس القضائي أقرب إلى المحكمة و هو قاضي موضوع فإن كان ممنوع عليه النظر في استئناف الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية، فكيف للمحكمة العليا ذلك وهي بمثابة قاضي القانون ولاسيما أن الحكم القضائي يتميز بالطابع النهائي؟ .

وطالما أن حكم القاضي الصادر في الطلاق، يعتبر حكم كاشف لا حكم منشئ ، فما عليه سوى كشف المركز لقانوني الذي أوجده الزوج، فلا يجوز الطعن بالاستئناف فيه طبقاً لنص المادة **(57)** من قانون الأسرة، وإن تم رفع طعن بالنقض ضده فهو لا يوقف تنفيذ الحكم، لأن الحكم ذو طابع نهائي فالأمر مقضي فيه إلى جانب أن المحكمة العليا تعتبر محكمة قانون، ويترتب عن هذا أن الحكم الصادر عن قاضي الدرجة الأولى على مستوى المحكمة يتم تسجيله بسعي من النيابة مباشرة على مستوى الحالة المدنية، فما جدوى إذن من هذا الطعن طالما هذا الحكم ينفذ مما لا شك فيه؟، ويصعب تدارك أثاره فيما بعد ؟.

---

[1]- لكن المشرع المغربي تجاوز هذه الصعوبة من خلال مدونة الأسرة، حيث قرر عدم قابلية الجزء المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية لأي طعن، حيث نجد المحكمة تحدد مبلغًا كافياً يتعين على الزوج إيداعه بصندوق المحكمة داخل أجل **30** يوما وذلك لتغطية مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالنفقة عليهم حسب الترتيب الوارد في المادتين **(84)** و**(85)** من مدونة الأسرة وذلك لتجاوز الآثار السلبية التي يحدثها إيقاف التنفيذ بسبب الطعن بالنقض.

[2]- تنص المادة **(57)** من قانون الأسرة على ما يلي " ***:تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ...*** " .

[3]- تنص المادة **(434)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" ***يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم*** ".

لأن الطعن بالنقض في قضاء شؤون الأسرة وتحديدًا في الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية له تأثير بليغ سواء من حي القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعي، أو من حيث تذبذب وعدم استقرار موقف قضاء المحكمة العلي.

تتمثل وظيفة المحكمة العليا في مراقبة مدى احترام تطبيق القانون، وهذا الأخير يشمل نوعين من القواعد القانونية، القواعد الموضوعية و القواعد الإجرائية [1]، يظهر من القرارات التي اعتبرت الصلح إجراء جوهري أن المحكمة العليا قد اهتمت فقط بالسهر على احترام القواعد الإجرائية، بدعوى ضرورة مراعاة إجراء الصلح، حيث نجدها تنقض أحكام قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية في حين أهملت الجانب الموضوعي و لم تحاول بذل جهد لتحديد خطورة الآثار الناجمة والمترتبة عن نقضها للحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية و المتميز بخاصيتي النهائية والنفاذ.

فالمحكمة العليا لما تنقض الأحكام القضائية، تنقض على أساس أنها محكمة قانون وليست محكمة وقائع، وهي بذلك لا تولي اهتمام للقواعد الموضوعية و الآثار الوخيمة الناجمة عنها، لأن مركز الزوجين ينقضي إما بتلفظ الزوج بالطلاق أو بصدور الحكم المثبت لفك الرابطة الزوجية، و لا علاقة له بقرار الصادر بعد النقض، و بذلك نرى تناقض بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية، وكما هو معروف في الفقه :"***أن القاعدة الإجرائية تخدم القاعدة الموضوعية ولا تستطيع القاعدة الإجرائية أن تعصي القاعدة الموضوعية*** "[2]، فعدم مراعاة إجراء ما يهدم الموضوع وهو ما نلاحظه في قرارات المحكمة العليا التي تهتم بإجراء الصلح وترتقي به إلى درجة الإجراء الجوهري، وتجعله في مرتبة النظام العام على حساب المركز الموضوعي التي تتضمنه القاعدة الموضوعية .

فكيف للمحكمة العليا أن تبرر قراراتها في مواجهة الطرفين، بأن طلاقهما باطل فضلاً عن أن الزوجين لا يمكن أن يجتمعا إلا بعقد جديد أو بتطبيق أحكام الرجعة بدون عقد جديد أو بعقد جديد، و أما غير ذلك فهو تعدي على حكم الشرع بدعوى خرق الإجراءات الجوهرية، فالقانون منطق والقاضي لما يصدر حكمه يراعي تطبيق القانون و يراعي نتائج ذلك الحكم إلى أي حد تصل، و هل يمكن تنفيذه أم لا.

ينبغي على القاضي عدم تطبيق القانون بحرفيته وإنما يطبق روح القانون مع مراعاة نتائج هذا الحكم و عواقبه ، ولاسيما وأنه يتميز بالطابع النهائي وتنفيذه يكون وجوبا بسعي من النيابة العامة ، فهذين

[1]- - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 153 .

[2]- زودة عمر، المرجع نفسه، ص 154.

الشخصين-الزوج و الزوجة -طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، هما مطلقين و بالتالي لكي يعودا زوجين مجددًا، يجب أن تطبق أحكام المواد (9) و **(9 مكرر)** من قانون الأسرة[1]، مع مراعاة المادة (**51**)من نفس القانون فالعلاقة الزوجية انحلت وانتهى الأمر، و يبقى فقط عند الطعن بالنقض حق مناقشة الجوانب المادية وكذا حضانة الأبناء وبصفة عامة كل توابع فك العصمة،وهذا ما ينبغي تكريسه نهجاً وممارسة وتبعاً لذلك فلا محل هنا لمثل هذا الطعن، لأنه يمس بالنظام العام وبالعدة و بأحكام قطيعة واردة في القرآن الكريم.

يذهب الأستاذ **لمطاعي** إلى القول: أن المحكمة العليا توصلت في أخر قراراتها إلى الاقتناع بأن الطلاق الزوج هو من يوقعه، وبقي لها مشكل لم تجد له جواب بعد وهو هل الصلح إجراء جوهري أم لا؟ فتوصلت إلى نقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بدون إحالة، في قرار صادر بتاريخ **2012/04/12**[2]، و نفس الشيء في قرار آخر صادر بتاريخ **2012/06/14** أي المحكمة العليا تنقض و لكن لا تحيل، و بالتالي حسب واضعي القرار مقتنعين أن الصلح إجراء جوهري وإلزامي على القاضي.

ونجد أيضا أن المحكمة العليا عند تخلف اجراء الصلح تنقض الحكم بدون إحالة و السؤال يطرح أيضا على المحكمة العليا عندما تنقض و لا تحيل الطرفين، فمعناه يصبحان متزوجين وهو أمر خطير لأنه في كلا الحالتين يهدم الطلاق الذي وقع، و عندما نرجع الملف إلى القاضي هل يجري صلح بين مطلقين؟ و اذا فرضنا أنهما تصالحا، يصبح الزوجين حسبهم يعيشان في أمور محرمة .

---

[1]- تنص المادة**(9)** من قانون الأسرة " ***ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين*** " و تنص المادة **(9 مكرر)** على ما يلي :" **يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج ،الصداق ، الولي ، شاهدان ،انعدام الموانع الشرعية للزواج" .**

[2]- عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون الداخلي و الذي جاء فيه:" **أنه من المقرر قانونًا لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي كما تنص على ذلك المادة (49)من قانون الأسرة و من الثابت في قضية الحال أن الزوج المطعون ضده رفع دعوى طلاق لم يحضر إطلاقاً جلسة الصلح وحضرت الزوجة الطاعنة وحدها رغم تأجيل القضية عدة جلسات، حيث أن المادة (49) من قانون الأسرة تنص على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وحيث انه يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن أن المطعون ضده طالب الطلاق تغيب عن جلسة الصلح بينما حضرت الطاعنة و تمسكت بالرجوع إلى بيت الزوجية وحيث أن حضور طالب الطلاق أو التطليق أو الخلع ،أو جلسة محاولة الصلح وجوبي كما جرى اجتهاد هذه الغرفة، و إلا أصبحت محاولة الصلح مجرد إجراء شكلي .وعليه فان هذا الوجه مؤسس وينجز عنه نقض الحكم المطعون فيه.وحيث أن المطعون ضده الذي رفع دعوى الطلاق لم يحضر جلسة الصلح، و بالتالي لم يبق من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، مما يتعين أن يكون نقض الحكم بدون إحالة.**"،**أنظر**: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 683727، المؤرخ في 2012/04/12،**غير منشور.**

وفي نفس السياق ويرى الأستاذ **لحسين بن الشيخ آث ملويا** :أن الخلع يعتبر طلاقاً بائنا و بالتالي فهو ذو طابع نهائي و لا يمكن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه سابقاً، لسببين أولهما أن نطق بفك الرابطة الزوجية يجعل الزوجة أجنبية عن الزوج ولا يحل له مراجعتها لأننا بصدد طلاقا بائن و إن أراد مراجعتها فان ذلك لا يتم إلا برضاها، و بعقد زواج جديد و لا يمكن لأي محكمة أن تنقض هذا الحكم.[1].

وذهب إلى حد القول حتى و لو جدلاً نعتبر أن الخلع طلاق رجعيا و خروج عن إجماع الفقهاء فان الطلاق يصبح بائنا بانقضاء العدة و هي مدة ثلاثة أشهر، ابتداء من يوم نطق الحكم بالخلع وهو الحكم المطعون فيه، وأنه انقضت ما بين صدوره و صدور قرار محكمة العليا أكثر من سنتين، و بالتالي فنحن أمام طلاق بائن، ولا يجوز للزوجة أن ترجع إلى زوجها إلا بموافقتها و بعقد الزواج الجديد تتوفر فيه جميع أركان و شروط الزواج حسب المادة **(09)** و**(09 مكرر)** من قانون الأسرة .

وخلص إلى القول أنه في ظل الوضعية الحالية للإجراءات وكذا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فإن المشرع لم يمنع الطعن بالنقض في مادة الطلاق و التطليق و الخلع، بل منع فقط الطعن بالاستئناف تبعاً للمادة **(57)** من قانون الأسرة، مع استثناء الجوانب المادية للحكم والحضانة لكن القواعد الموضوعية لطبيعة الطلاق و الخلع و التطليق لا تسمح بنقضهما من طرف المحكمة العليا،لأن الحكم الصادر عن محكمة أول درجة و القاضي بالطلاق أو بالتطليق أو الخلع يجعل منه بائنا و لا رجعة فيه، فهو كالرصاصة التي خرجت من السلاح الناري بحيث لا يمكن إرجاعها، فلا يعقل أن تعاد الزوجة إلى الوضعية التي كانت قائمة قبل النطق بالتطليق أو الخلع من طرف قاضي أول درجة وإلا وقع الزوجان في الإثم وإذا كان المشرع أهمل هذه المسألة فعلى المحكمة العليا أن تتصدى لها، لكون هذه الأخيرة محكمة قانون و ليست محكمة وقائع، فانه عندما يتبين لديه أن قاضي أول درجة خالف القانون عند نطقه بالطلاق بواسطة الخلع، فإنها تصرح بوجود تلك المخالفة .

لكن لا تنقض ذلك الحكم بل تصرح فقط أن لا وجه للفصل لكون الطلاق أو الخلع يعتبر بائن ومنتج لأثاره[2]، و على المشرع أن يتدخل بصفة مستعجلة لوضع حد لهذا الضرر الجسيم بأن يعدل المادة **(57)** من قانون الأسرة .

فالحكم المطعون فيه قد نقضته المحكمة العليا، و بالتالي الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية ألغي وزال أثره ولم يصبح في عالم الوجود و تعاد الزوجية بقوة القانون، ومعناه أن العريضة المقدمة من

---

[1]- بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص 142و 143.

[2] - بن الشيخ آث ملويا لحسين، المرجع نفسه، ص 144و 145 .

المدعي لا تزال سارية و لم يتم الفصل فيها وعبارة "**بدون إحالة**"، معناها ترك الأطراف إما يقومون بإعادة السير في الدعوى، أو يقدمون عريضة من جديد، و في الحقيقة أن المحكمة العليا لما تنقض حكم ابتدائي نهائي يجب عليها أن تحيل فيكون نقض مع الإحالة.

و بالتالي يجب اعتماد أسلوب الإحالة عند النقض، و إلا تبقى العريضة المرفوعة من طرف المدعي قائمة دون الفصل فيها، ولذلك يتعين عند النقض و إن كان لا يجوز الحكم بالنقض مع الإحالة في أحكام فك الرابطة الزوجية فالأجدر تفادي النقض بدون الإحالة[1]، غير أن هناك من يفسر موقف المحكمة العليا عندما تنقض حكم فك الرابطة الزوجية و لا تحيل فيبقى حكم المحكمة قائم متى تم إلغاء و نقض قرار المجلس، لكن إذا نقضت المحكمة العليا حكم ابتدائي نهائي مثلما في حالة عدم إجراء الصلح في أي دعوى فك الرابطة الزوجية بحجة أنه إجراء جوهري، تنقض فإن القضاء بدون إحالة، يعني أن المحكمة العليا لا تريد تقييد الأطراف فيما يخص إعادة السير في الدعوى جبرًا بعد النقض لان قضايا الأسرة تختلف من قضية إلى أخرى.

تبقى إمكانية وقوع التصالح قائمة حتى و لو تم نقض الحكم، أو إمكانية وفاة أحد الطرفين، و بذلك نكون أمام احتمالين إما إعادة السير أو عدم إعادة السير من طرف الأطراف، وإذا اختار الأطراف إعادة السير بعد النقض يرفعون دعوى جديدة، و يستأنف السير فيها كون النقض بدون إحالة يجعل الأطراف أحرار في التصرف في الدعوى،.

و بالتالي لا تكون المحكمة العليا قد قيدت الأطراف في إعادة السير لإصدار حكم جديد -مع إمكانية بقاء النزاع قائم، حيث الطرف الذي يهمه الأمر يعيد رفع القضية من جديد، كون القضية الأولى انتهت[2]، أما في حالة ما إذا المحكمة العليا نقضت و أحالت الأطراف فهم مجبرين بالعودة و السير في الدعوى من جديد، و يكون الرجوع بعد النقض بدعوى أخرى حسب من يرفع الدعوى الزوج أو الزوجة وما يؤكد هذا الاتجاه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ **2014/07/10**،الذي قضى بنقض الحكم بدون إحالة لترك الحرية للطرفين للتراجع أو رفع دعوى مناسبة[3].

---

[1]- زودة عمر، محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة السنة الثانية بالمدرسة العليا للقضاء، مرجع سابق.

[2]- الصديق تواتي، مرجع سابق.

[3]- جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي :"**حيث أنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، أن المحكمة أسست حكمها على أن الطاعنة عبرت عن موافقتها على الطلب المطعون ضده بتوقيعها على عريضة الدعوى والمحكمة سعت لإصلاح ذات البين، ورد الزوجين عن طلب الطلاق، بينما لم تحضر الطاعنة ولذلك قضت المحكمة بفك الرابطة الزوجية بناء على**

يظهر من خلال الممارسات القضائية للمحكمة العليا موقفها المزدوج بخصوص تكييف إجراء الصلح، حيث تارة تعتبره إجراء جوهري، وتارة أخرى تعتبره عكس ذالك، وهذا ما يطرح إشكال آخر في الواقع العلمي و هو وجود إجتهادين، فهل يتم العمل بالاجتهاد الأول أم الثاني مما يجعل المتقاضي أو حتى القاضي في حيرة من أمره، حيث تختلط عليه السبل فهل يسلك سبيل اعتبار الصلح إجراء جوهري ثم الطعن في الحكم القضائي بالنقض عند عدم إجراء الصلح، أم يلجأ إلى عدم جواز الطعن فيه بالنقض باعتباره إجراء غير جوهري، وينتهي إلى الرفض كما سبق بيانه.

غير أن التساؤل يبقى مطروح حول نص المادة(**2/358**)من نفس القانون إذا اعتمدها الطاعن بأن اعتبر الصلح من الأشكال الجوهرية والتي تنص على ما يلي :

"لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية : إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات .. " ، أو اعتمد نص المادة(**358 / 1**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي : ***"لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية : مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات .."***

لكن الموقف المتناقض الذي وقعت فيه المحكمة العليا، يجد جوابه ضمن تحليل النصوص القانونية، وباعتبار أن المشرع الجزائري خلافاً للمشرع الفرنسي لم يستثن الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام[1]، لأن هذا الأخير استثنى الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام، فأوجد طريقا للخروج من جمود القاعدة القانونية التي تقضي أنة لا بطلان إلا بنص.

الإرادة المشتركة للزوجين بالطلاق بالتراضي وحيث إن هذا التسبيب يخالف نص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي بأن يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة – المنصوص عليها في المادة 428 - ويستمع إلى الزوجين على إنفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما و يحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا، أين يثبت القاضي إرادة الزوجين ....، وحيث إنه بذلك يتبن أن الطلاق بالتراضي تحكمه نصوص خاصة منصوص عليها في المواد 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و يجب على المحكمة التقيد بها، وهو الشيء الذي لم تراعه، وخاصة عند إجراء محاولة الصلح التي حضرها المطعون ضده و غابت عنه الطاعنة، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم محل الطعن بالنقض، وحيث إنه مادام أن الطاعنة تنازع في دعوى الطلاق بالتراضي ولم تحضر جلسة محاولة الصلح، وبالتالي فلم يبق من النزاع ما يتطلب الفصل، مما يتعين معه أن يكون نقض الحكم بدون إحالة ، لترك الحرية للطرفين للتراجع أو رفع دعوى مناسبة ".

<u>أنظر</u>: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0964560، المؤرخ في 2014/07/10، **غير منشور** .

[1]- فالمشرع الفرنسي ينص في المادة (**114**)من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على ما يلي : " ***أن العمل الإجرائي لا يمكن التصريح ببطلانه لعيب شكلي ، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة ، باستثناء الإشكال الجوهرية أو تلك المتصلة بالنظام العام*** ".

في حين المشرع الجزائري من خلال المادة **(60)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده قد نص على قاعدة لا بطلان بدون نص و ضرر معاً ولم يستثني الإجراءات الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام أو الأشكال الجوهرية من حكم القاعدة، فهو من جهة لا يعترف بالبطلان ما لم يكن منصوص عليه في القانون صراحة مع إثبات الضرر، و في مقابل ذلك نجده قد اعتبر كل مخالفة لشكل من الأشكال الجوهرية سبًبا من أسباب البطلان الذي يبنى عليه الطعن بالنقض[1]، وتبعاً لذلك يبقى السؤال مطروح حول ما إذا تمسك أحد الخصوم بخرق إجراء جوهري أو متعلق بالنظام العام فما هو الحل ؟

يمكن أن نفرض جدلاً أن قاضي أول درجة لم يجري الصلح فيتمسك أحد الأطراف عند الطعن بالنقض تأسيساً لطعنه الرامي إلى نقض الحكم المطعون فيه على أن الصلح إجراء جوهري، و لم يتم مراعاة هذا الإجراء بدعوى مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات أو إغفال قاعدة جوهرية، والخصم الأخر يتمسك بأن لا بطلان إلا بنص، وأنه لم يرتب القانون على إغفاله أي أثر قانوني و الأول يتمسك بالإجراء الجوهري .

مما لا شك أن الحل منصوص عليه بموجب المواد (60) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والفقرة الأولى من المادة **(358)** من نفس القانون والتي تنص على أن الطعن بالنقض لا يبنى إلا على أساس مخالفة قاعدة إجرائية جوهرية[2]، حيث يتمثل الإجراء الجوهري في ذلك الإجراء الذي يرتب عليه القانون أثًرا على عدم احترامه، وهو البطلان بنص صريح مع إثبات الضرر، وكذا ما ورد في الفقرة **2** من نفس المادة السالفة الذكر، والتي تقضي بأن الطعن بالنقض لا يبنى إلا على أساس إغفال شكل الإجراء الجوهري[3]، ويقصد بإغفال الشكل الجوهري سهو القاضي على احترام قاعدة جوهرية في الإجراءات .[4]

---

[1] - زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص 487و488.

[2] - ينتج عن مخالفة القاعدة الإجرائية الجوهرية البطلان الموضوعي، ونجد قانون الإجراءات المدنية والإدارية استحدث نوعين من البطلان، بطلان للعيوب الشكلية المنصوص عليه في المادة **(60)** و بطلان للعيوب الموضوعية المنصوص عليه في المادة **(64)** ،**أنظر**: زودة عمر،المرجع نفسه، ص 480.

[3] - يقصد بالشكل الجوهري الأساس الذي لا يقوم به العمل الإجرائي بدونه، وهو ما نصت عليه المادة **(358)** في فقرتها الثانية، وهذا الأخير كان منصوص عليه في قانون الإجراءات القديم الذي لم يكن يأخذ بنظرية البطلان، فكان لما يستند الطاعن إليه، يستجيب له القاضي،أما ألان الوضع يختلف فهذا البطلان المتمسك به غير منصوص عليه من الناحية القانونية .ويتطلب الأمر النص الصريح مع إثبات الضرر .

[4] - ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص 250 .

في حين هناك من يرى أنه إذا وقع وأن تمسك أحد الطاعنين بهذا الإجراء كوجه من أوجه الطعن ولم يكن محل نص قانوني صريح بالبطلان (يؤدي إلى جزاء البطلان)، فهنا على من يتمسك به أن يقدم أمام المحكمة العليا جهة الطعن ما يثبت الضرر الذي يلحقه بالنسبة لهذا الإجراء، وسبق للمحكمة العليا أن استجابت لذلك و قررت النقض لمخالفة الأشكال الجوهرية في الإجراءات[1] .

لكن نجد أن القاضي بموجب نص المادة **(60)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقيد بقاعدتين، متى كان هذا الإجراء منصوص عليه قانوناً تحت طائلة البطلان مع وجوب إثبات الضرر فإنه في حالة إغفاله أو عدم مراعاته يؤدي إلى البطلان فلا مجال للاجتهاد لصراحة النص .[2].

لا يكفي بأن يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية كعبارة " **لا يجوز**" لعدم قبول الحكم بالبطلان استنادًا إلى عدم النص عليه صراحة[3]، رغم إثبات الطاعن للضرر اللاحق به، وهو ما يؤكده قضاء المحكمة العليا [4]، لكن مع الأسف نجد الكثير من النصوص تنص فقط على فكرة الوجوب بذكر صياغة " **يجب** "، أي تضمنت صياغة الوجوب بأن كانت قاعدة آمرة، لاسيما المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية [5]، أين يعتمد هذا الأسلوب الأمر الذي يقف حائلاً أمام تطبيق نص المادة **(60)** الخاصة بالبطلان الإجرائي، عندما لا تراعى أحكام القاعدة القانونية، فلا يمكن تقرير البطلان لأن القاضي سواء قضاة الموضوع أو قضاة القانون مقيدون بنص المادة **(60)** المذكورة أعلاه[6] .

لا يفوتني التوضيح في هذه الحالة أن بعض الطعون التي ترفع أمام المحكمة العليا والرامية إلى نقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، المبنية على الأوجه التي سبق ذكرها، فلو المحكمة العليا ترفض مثل هذه الطعون على أساس انعدام شروط البطلان الإجرائي المقرر للأعمال الإجرائية لغياب

---

[1] - زواوي عبد الرحمان، الإشكالات التي تثيرها الطعون بالنقض المرفوعة أمام الغرفة المدنية، محاضرات ألقيت بالمحكمة العليا، 2015، ص 8 .

[2] - المرجع نفسه، ص 9.

[3]- زودة عمر، طبييعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 483.

[4]- جاء في قرار عن المحكمة العليا رقم 728906، صادر بتاريخ **2011/10/06**، ما يلي:" ***حيث يتبين من القرار المطعون فيه ما يفيد ان الإجراءات قد روعيت واحترمت ....لا يترتب أي جزاء إبطال فضلا عن ذلك أن الطاعن لم يقدم ما يثبت الضرر الذي لحقه من جراء إغفال هذا الإجراء***"، **أنظر** : زواوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 7 .

[5] - تنص المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي :"***محاولات الصلح وجوبيه ..***"، أي بمعنى الوجوب.

[6]- زودة عمر، المرجع نفسه، ص481.

قاعدتي لا بطلان إلا بنص، و لا بطلان إلا بضرر وعدم انطباقها على الصلح يؤدي إلى تقليص الطعون المرفوعة أمام المحكمة العليا.

لكن إلى حد الساعة لا تزال قرارات المحكمة العليا تقرر نقض و بطلان الأحكام القضائية التي لم تراعي الصلح، وتأتي بالعبارة القديمة و التي مفادها أن الصلح من الإجراءات الجوهرية وأنه لم يتم مراعاة نص المادة **(49)** من قانون الأسرة، في حين المفروض والأجدر أن تكون القرارات الصادرة عنها بناء على ما هو منصوص عليه قانونا، فيتعين على المحكمة العليا أن تتخذ موقفاً موحدًا، بأن تقرر أن حكم فك الرابطة الزوجية أحكام نهائية لا تقبل الطعن فيها بالنقض ماعدا الجانب المادي، لتكمل الشق الثاني من المادة **(452)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي تناساه المشرع .

إلا السؤال الذي يطرح في هذا الشأن، ما هو العاجز الذي يجعل من قضاة الموضوع وكذا قضاة القانون من أن يلتزموا بهذه النصوص القانونية بحيث، لا يترك المجال لأي طرف في إثارة ذلك كوجه من أوجه الطعن لدى المحكمة العليا، بل يترك لها مجال ما هو جدي في مراقبة التطبيق السليم للقانون لأن الإشكالات التي تطرح منها ما يتعلق بالإجراءات، ومنها ما يتعلق بالموضوع .

فبالنسبة للإجراءات هناك مواد قانونية وردت ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي يجب على القضاة احترامها والالتزام بها، حتى و لو لم تضع جزاء البطلان، كضرورة إجراء محاولات صلح بين الزوجين لأن مثل هذه الإجراءات عندما لا تراعى ستستغل من الأطراف خلال الطعن، بالرغم من أن تأسيس الوجه المأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية، أو مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، من قبل الطاعنين على أساس خرق قاعدة جوهرية أو خرق الأشكال الجوهريةطبقاً لنص المادة **358** فقرة **1** و**2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين أن هذا الوجه لا يكون مؤسس إلا في حالات البطلان الثلاث التي نص القانون عليها على سبيل الحصر[1].

و حالًيا في أغلبية الطعون بالنقض في مادة شؤون الأسرة فيما يخص فك الرابطة الزوجية والذي يرد في العرائض أن أغلبية الأوجه المثارة تتعلق بدفع وهو عدم إجراء محاولات الصلح، إذ أضحى أنه لا يوجد طعن إلا و يتمسكون الطاعنون بهذا الدفع، رغم أن اتجاه القانون واضح ومفصول فيه، و لا مجال للاجتهاد مع وضوح النص.غير أنه يبقى إلزامي على المحكمة العليا أن ترد على مثل هذه الدفوع .

[1]- أنظر المواد**(8)** و**(175)** و**(643)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

فإذا كان الطعن بالنقض يهدف في أصله إلى مراقبة تطبيق القانون فقط، و لا يرمي إلى مراجعة الوقائع و الموضوع [1]، وهو حجر الأساس الذي يحكم المحكمة العليا[2]، وهو في حد ذاته حسب رأي بعض الفقهاء الذي توصلوا إلى القول أن الطعن بالنقض هو محاكمة الأحكام والقرارات، و ليس الخصومة القائمة بين الأطراف[3]، ولأجل ذلك وجب أن لا يحاكم أحكام قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية .

كان من الأجدر أن الطعن بالنقض لا يكون إلا في الشق المتعلق بالأمور المادية، دون الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية [4]، كون الطعن المرفوع لا فائدة له و لا يغير في الأمر شيئا، لأن طبيعتها تأبى ذلك[5]، وعليه لا فائدة ترجى من الطعن بالنقض في الحكم فيما يتعلق بشق الطلاق بوجه عام[6]، لأن الطلاق إذا صدر من الزوج لا يمكن لأحد إبطاله [7]، و عليه فلا يكون للطعن أي أثر منتظر منه أمام غياب شروط البطلان أو على الأقل غياب أحدهما، والتي استوجبها المشرع للقول ببطلان العمل الإجرائي

---

[1] - لأن الطعن بالنقض هو خصومة خاصة حرم المشرع المحكمة العليا من إعادة النظر في الموضوع للفصل فيه من جديد، **أنظر**: زواوي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 3.

[2] - المرجع نفسه، ص 3.

[3] - نجيمي جمال، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري،دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية، دار هومه،الجزائر، 2013، ص 108.

[4] - ففي التشريع المغربي الأساس الاجتهادي في أحكام فك الرابطة الزوجية يتعلق بتدبير إجرائي غرضه تبسيط الإجراءات وعدم إطالة أمد التقاضي، وذلك حماية للمرأة الراغبة في الطلاق وتحقيقاً للمساواة، بين طرفي ميثاق الزوجية وبهذا المقتضى تم حسم مشكلة اجتماعية و إنسانية بحيث تتضح وضعية كل طرف نهائياً ، ويتمكن كل زوج منهما من إعادة بناء حياة جديدة مع من يرتضيه زوجًا له، ولعل الحكمة من جعل أحكام فك الرابطة الزوجية غير قابلة لأي طعن، هو وضع لحد معاناة الزوجات اللواتي كانوا يعانون ويفاجأن بالطعن بالنقض المرفوع، والذي كان يوقف تنفيذ الحكم، وخاصة الأزواج سيئ النية الذين كانوا يجدون في استعمال مختلف طرق الطعن وسيلة لعرقلة حصول المرأة على الطلاق تاركينها معلقة ساعين إلى تطويل الإجراءات، و إطالة أمد النزاع رغم تأكدهم في غالب الأحيان من استحالة استمرار العشرة الزوجية بصورة عادية في حين يبادرون هم إلى بناء حياة جديدة مع زوجة أخر ،**أنظر**: محمد أوزيان، مرجع سابق، ص1 و2 3و4.

[5] -زودة عمر، طبيعية الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 130 .

[6] - كاملي مراد، مرجع سابق، ص 326 .

[7] - المصري مبروك، مرجع سابق، ص 280.

شكلا[1]، وعليه فلا يكون للطعن الرامي ببطلان الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية على أساس انعدام إجراء الصلح أي قيمة قانونية، و يبقى طعن بدون سند واستنادا إلى ما سبق ذكره يكون طعن بلا موضوع.

و فرضًا تم نقض الحكم، فإنه بعد إعادة السير بعد النقض و الإحالة أمام نفس قاضي شؤون الأسرة أو قاض أخر و لما يرجع الملف إلى قاضي الدرجة الأولى، هذا الأخير يجد نفسه ملزماً بالفصل والامتثال إلى قرار المحكمة العليا، وإلا يعرض حكمه للنقض للمرة الثانية، كون عدم الامتثال لها من قبل الجهة المحال لها يعد خرقا للقانون، فحسب المبدأ الذي قرره القضاء الجزائري والذي يقضي بما يلي: " من المقرر قانونا أنه يتعين على الجهة القضائية التي تحال إليها الدعوى بعد النقض أن تخضع لحكم الإحالة فيما يتعلق بالنقطة القانونية، التي قطع فيها المجلس الأعلى، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون "[2]، و لأن قرار المحكمة ملزم لجهات الحكم كونه مارس رقابته [3].

فهل يمتثل القاضي لقرار المحكمة العليا و يجرى الصلح؟، و إن لم يجرى الصلح كيف يكون الوضع؟، وهل يعقل أن يجري الصلح و يحكم بالطلاق من جديد؟، و خاصة وأن الطلاق أنشئ من طرف الزوج، فالطلاق لا ينشأ بموجب حكم قضائي، وإنما الحكم كاشف بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة، لأن طبيعة الحكم تمنع ذلك لكي لا يكون تناقض فالزوج عبر عن إرادته و لا يملك أحد مناقشته أو معارضته، فهو عبر عن الطلاق الذي هو حق مقرر له شرعاً وقانوناً، و لا يمكن مراجعة حق الزوج وتجاوزه فلا يمكن مراجعة هذا المركز القانوني، ودعوته من جديد للفصل من جديد وإجراء الصلح مجددًا.

---

[1] - الشافعي أحمد، مرجع سابق، ص 18و 19.

[2] - المجلس الأعلى (سابقاً)،غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 47779، مؤرخ في 28/6/ 1988، <u>**المجلة القضائية**</u> 1991عدد 03، ص .233.

[3] - جاء في القرار ما يلي :" **لكن حيث إن المادة 72 من قانون الأسرة إذا كانت توجب على الأب في حالة الطلاق أن يوفر للحاضنة سكنا ملائما للممارسة الحضانة، وانه لا يستعاض عن هذا الإجراء إلا إذا اثبت تعذر توفير السكن أو السكن الموفر غير لائق، وحينها يصار إلى بدل الإيجار، ومنه بالرجوع الى قرار المحكمة العليا بتاريخ 2012/12/13، القاضي بنقض قرار المجلس المؤيد للحكم، يتبين وأن المحكمة العليا مارست رقابتها على السكن الموفر و فق محضر إثبات حالة المؤرخ في 09 /2009/01 القائم عليه الوجه الحالي و تكون بذلك قد فصلت في هذه المسألة وصارت ملزمة لجهة الإحالة ...**"، <u>**أنظر**</u>: المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0991442، المؤرخ في 2015/01/15، **غير منشور** .

نظرًا لاعتبار الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية، هو حكم ابتدائي و نهائي[1]، ومن جهة أخرى نجد المادة(**442**) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية، والمادة (**49**) من قانون الأسرة قررتا أن مدة الصلح ثلاثة (**03**)أشهر، و لا يمكن تتجاوز هذه المدة، وأن هذه الأخيرة تسري ابتدءا من يوم رفع الدعوى، في حين هنا المدة انقضت و تقادمت فكيف لنا أن نعيدها من جديد، ولا سيما وأن المادة (**49**) التي ذكرت مدة الصلح بثلاثة(**03**) أشهر ليس على سيبل الصدفة، وإنما من أجل مراعاة العدة والتي هي حجر الزاوية في تطبيق أحكام الرجعة.

فكيف تتم مخالفة هذا النص بعد مرور عدة سنوات تتجاوز في غالب الأحيان عامين لإعادة إجراء الصلح على أساس أن القاضي لم يقم به، فكيف نعالج خطأ القاضي بتحميل الأطراف المسؤولية ؟،إن من أثار قبول الطعن بالنقض ترتيب البطلان على الحكم، وإعادة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار[2]، ولأجل ذلك لا يجب أن يعامل حكم الطلاق كمعاملة العقود المدنية أو التصرفات الأخرى بإعادة الأطراف إلى الحالة التي كان عليها، ففي حالة الأشخاص و الطلاق و التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي يستحيل إرجاعها إلى الحالة التي كان عليها، وان لم يقم المعني بإرجاع القضية بعد النقض بإخطار جهة الإحالة قبل انتهاء شهرين من تاريخ تبليغ الرسمي لقرار المحكمة العليا، أو عامين إذا لم يبلغ فإنه يترتب على عدم السير في الدعوى أمام جهة الإحالة في الآجال المحددة، أو عدم قابلية إعادة السير فيها، إضفاء قوة الشيء المقضي به في الحكم الصادر في أول درجة [3]، حسب ما تقضي به المادة(**367**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]، وفي هذا المجال تطبق أحكام السقوط[5].

---

[1]- و لذلك فان قضاة شؤون الأسرة يوردون في أحكامهم عبارة " **فصلاً في مسائل شؤون الأسرة حكمت المحكمة علنياً حضورياً نهائياً فيما يخص فك الرابطة و ابتدائًيا في الشق المادي**" .

[2]بوزيد وردة، مرجع سابق، ص 28.

[3]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 298و 299.

[4]- لأنه إذ امتنع الخصوم لمدة طويلة عن القيام بالإجراءات و المساعي اللازمة قانوناً ، فهذا يعني بدون شك أنهم لا يهتمون بالخصومة، و حتى في حالة عدم الاهتمام فانه لا يسمح بإطالة أمد الإجراءات، ولذا تعين مجازاة عدم تحرك الخصوم بالتصريح بسقوط الخصومة، **أنظر**: ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص 191 .

[5]- تنص المادة (**229**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على ما يلي:"**يسري اجل سقوط الخصومة المنصوص عليه في المادة 223، في حالة الإحالة بعد النقض. ابتداء من تاريخ النطق بقرار النقض من طرف المحكمة العليا**" .

ونجد المادة 223 من نفس القانون تنص **: " تسقط الخصومة بمرور سنتين على صدور الحكم** "

من خلال دراستنا لموضوع أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة يمكننا ذكر بعض النتائج التي استخلصنها التي نجملها في النقاط التالية:

أولاً : نجد المشرع من خلال أحكام المادة (**459**)من القانون المدني تبنى المفهوم الفقهي الصلح والذي يعتبر عقد، في حين نجده في قانون الأسرة أضفى عليه طابع إجراء قضائي.

ثانياً: تهدف محاولات الصلح إلى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج(الذي أوقع الطلاق) بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية واستعمال حق الرجعة أثناء فترة عدة الطلاق الرجعي، ولا يهدف إلى إقناع الزوج بالعدول عن الطلاق

ثالثاً: يعتبر إجراء الصلح جزء من إجراءات الخصومة ولا يعد من إجراءات الطلاق، كون المشرع لم يعلق الطلاق على إجراء معين، وكل ما في الأمر أنه عندما نص على إجراء عدة محاولات صلح قيدها بفترة زمنية مدتها ثلاثة أشهر تسري من تاريخ رفع الدعوى، دون أن يتجاوزها القاضي. وإن تم الصلح أثناء العدة، لا يأخذ برضى الزوجة حيث يعتبر واعتراضها ناشزا، و استئناف الزوجية هنا هو رجعة و ليس صلح، إلا أن المدة الزمنية سماها المشرع صلح وهو الخطأ الذي وقع فيه المشرع.

رابعاً: الصلح الوارد في المادة (**49**)من قانون الأسرة، يخص الطلاق بالإرادة المنفردة، ولا يمت بأي صلة لدعاوى التطليق و الطلاق بالتراضي و الخلع،و أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام إجرائية تضبط الصلح في شؤون الأسرة، فإجراء الصلح فيها يجعل القاضي لا يستند لنص المادة (**49**) من قانون الأسرة، وإنما يعتمد على الأحكام التي جاءت بها المواد(**439**)و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خامساً: في دعاوى التطليق أو الطلاق بالتراضي أو الخلع يكون فيها الحكم القضائي منشئاً ، فالقاضي عند إجراء الصلح ليس مقيد بمدة زمنية معينة لإجراء الصلح، و بالتبعية لا علاقة لها بالمادة (**50**) من قانون الأسرة، كون المشرع لم يقل إذا تراجع الزوجين عن طلب الطلاق أثناء محاولة الصلح، وبذلك مفهوم الصلح الوارد في المادة (**49**) و(**50**) من قانون الأسرة لا ينطبق على الصلح الذي يطبق بمناسبة نظر دعوى أساسها المواد(**53**) أو(**54**) من قانون الأسرة.

سادساً: خص المشرع الصلح في قانون الأسرة بطريقين: صلح يجريه القاضي مباشرة، وصلح عن طريق الحكمين بإشراف من القاضي عند عدم ثبوت الضرر.

سابعاً : ما يعزز و يؤكد خصوصية الصلح في شؤون الأسرة هو تميزه عن الصلح في القوانين الأخرى

بكونه إجراء وليس عقد، كما أنه يخص النزاع القائم و ليس توقي نزاع محتمل، و قد خصه المشرع بطابع الوجوبية، فالقاضي ليس له السلطة التقديرية في اختيار اللحظة المناسبة لإجراء الصلح و إنما آلياً بمجرد أن ترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة.

ثامناً: يتميز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، في كون هذا الأخير يعتبر طريقة تعويضية للخصومة القضائية يلجأ إليها طرفي النزاع بمبادرة منهما أو بسعي من القاضي، فهو ذو طابع جوازي تكون فيه السلطة التقديرية واسعة. وبالرغم من أن الصلح كطريق بديل ذو طابع جوازي يقوم به رئيس التشكيلة القضائية مبادرة منه، غير أن ذلك لا يتحقق إلا بعد موافقة الخصوم عليه.

تاسعأ : لقد برز في الفقه و القضاء اتجاهين، اتجاه ينادي بجوهرية إجراء محاولات الصلح، واتجاه يقوم على نقيض ذلك، و بين هذا وذاك برز اتجاه ثالث منذ صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث يعتبر أن نص المادة **(439)** من هذا القانون هو المعيار الفاصل، بأن جعل محاولة الصلح إجراء وجوبي، غير أن المشرع وضع قاعدة عامة مفادها أن القاضي واجب عليه القيام بإجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين في كلا النصين سواء النص الموضوعي أو الإجرائي، فهذه قاعدة آمرة لكن لم يقرنها المشرع بجزاء فلم يقيد المشرع النصين تحت طائلة البطلان، مما يفهم أن المشرع يريد تأكيد على وجوب القيام بمحاولة الصلح إلا أن الأمر لا يرقى إلى درجة الإجراء الجوهري الذي يمس بالنظام العام.

و يلاحظ على قرارات المحكمة العليا هي الأخرى عدم الاستقرار البيِّن في الموقف، فهذا راجع طبعاً إلى خلل و خطأ في فهم القانون و تفسيره إلى جانب عدم التفرقة بين الإجراء الجوهري والإجراء غير الجوهري والإجراء الوجوبي.

عاشراً: نجد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن المشرع لم يستعمل عبارة البطلان، إلا في ثلاث حالات، في حين أن باقي الحالات الأخرى يستعمل عبارة "**تحت طائلة عدم القبول شكلا**"، وتبعاً لذلك فإن المشرع لم ينص صراحة على البطلان في المادة **(49)** من قانون الأسرة، وكذا في نص المادة **(439)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما جاء النص عليه ضمنياً بأن إستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية أو آمرة كعبارة " **لا يجوز**" أو "يجب". فلا يجوز الحكم بالبطلان استنادًا إلى عدم النص عليه صراحة.

الحادي عشر: لا يجري فالقاضي الصلح إذا تأكد أن أحكام المادة (**51**) من قانون الأسرة قائمة فإجراء الصلح بين امرأة و رجل طلقها ثلاث مرات متباعدة ومتتالية مخالف للنظام العام، و للشريعة الإسلامية و لقانون الأسرة بحد ذاته.

الثاني عشر: لا تعد محاولة الصلح من النظام العام و ليست بإجراء جوهري من شأنه المساس أو التأثير على الحكم القضائي المثبت لفك الرابطة الزوجية، لأن الهدف المتوخى من إجراء محاولات الصلح هو تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوجين. فالصلح يتعلق بمرحلة ما بعد وقوع الطلاق.

الثالث عشر: إن الرأي الراجح في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى طلاق بإرادة الزوج المتفردة هو الإتجاه الذي يعتبر حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم كاشف لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى إلا لتقريره من اجل ضمان لحقوق ومنعاً للتناكر الذي قد يحصل.

الرابع عشر: الأصل العام أن الزوج يوقع الطلاق بإرادته المفردة طبقاً لنص المادة (**48**) من قانون الأسرة ويلجأ إلى رفع الدعوى القضائية لإثباته طبقا لنص المادة (**49**)من نفس القانون، فتكون مدة حساب عدة الطلاق الرجعي موافقة لتاريخ رفع الدعوى الذي يوافق أيضاً بداية مدة إجراء محاولات الصلح من طرف قاضي شؤون الأسرة .أما إيقاع الطلاق بتاريخ سابق على رفع الدعوى لا يشكل إلا استثناءا، والاستثناء شاذ لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه.

الخامس عشر: يتحرى القاضي خلال جلسة الصلح عن التاريخ الذي يعتد به لحساب العدة وما علاقة ذلك بمدة إجراء الصلح، ولاسيما أن العدة حق من حقوق الله تعالى وأن القضاء أقرنها من النظام العام، وبالتالي القاضي يجب أن يراعي مسألة العدة وهو في صدد إجراء الصلح.

السادس عشر: قاضي شؤون الأسرة لا يعير أية أهمية للطلاق الواقع فيما إن كان طلاقا سنيا أو طلاق بدعي. فهو لا يسأل أبدا لا عن كيفية إيقاعه ولا وقته ولا عن حالة الزوجة وقتها. الأمر الذي يؤدي إلى نتائج مخالفة للشريعة الإسلامية.

السابع عشر: أورد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ضمن الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة ولاسيما في إجراءات الطلاق نص المادة (**431**) منه التي تشير صراحة و لأول مرة إعطاء القاضي صلاحية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ممكناً في دعوى طلاق بالتراضي، و عليه فإن الأساس القانوني لصلح بالنسبة لطلاق بالتراضي هي المادة السالفة الذكر، لكن الوقع العملي يبين وقوع في لبس في هذه المسألة حيث نلاحظ انها تطبق نص المادة (**49**) و نص المادة (**50**).

الثامن عشر: يتفق الفقه على أن طبيعة الحكم القضائي الصادر بالتطليق هو حكم منشئ و لا يكون له أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلبه. وبادر القضاء إلى تطبيق نص المادة **(49)** من قانون الأسرة كأساس قانوني للصلح، إإلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي عمم إجراءات الصلح في المادة **(439)** منه .

التاسع عشر: وردت حالات التطليق في نص المادة **(53)** من قانون الأسرة عشوائياً بالإضافة إلى خصوصية وظروف كل قضية، ولاسيما في ظل غياب نصوص قانونية تستثني بعض الحالات من إجراء الصلح لغياب الحكمة من تشريعه، فنجد حالات إن يكون فيها الصلح ذو فائدة في حالة التطليق، وحالت يكون مجرد إجراء شكلي فقط، وحالات أخرى يكون مخالفا للنظام العام.

عشرون: إذا رأى القاضي أن الضرر غير ثابت فهنا يقع عليه التزام بتفعيل إجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة **(56)** من قانون الأسرة. حيث يكون الصلح عن طريق الحكمين بمثابة إجراء وقائي يهدف إلى حل النزاع الذي قد يؤدي التغاضي عنه وإهماله إلى تعميق الهوة والفرقة بين الزوجين، ودمار الأسرة لاسيما وان رفض الدعوى يزيد من تضرر الزوجة مما يجعلها تلجا إلى إجراءات الخلع الذي أصبح منفذًا لمن لا منفذ لها. .

واحد وعشرون: لم يتفق الفقه على الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، لكن الرأي الراجح هو اعتباره حكماً منشئاً، كون أن الرابطة الزوجية تبقى قائمة و لا يحل عقد الزواج إلا بصدور حكم من القضاء، وبالرجوع إلى ما تضمنته المادة **(451)** الفقرة الأخيرة منها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن القاضي ملزم بتعميق التحري و البحث بالإجراءات المخولة قانوناً حتى يكون الحكم صائباً ، فهنا يكون دور القاضي إيجابي في دراسة ومعاينة مدى تأسيس الطلب، وفي حالة تيقن القاضي من فشل محاولات الصلح وتمسك الزوجة بطلبها يبادر إلى مناقشة مسألة بدل الخلع أو ما يسمى المقابل المالي.

اثنين وعشرون: لم تعد جلسة الصلح تقتصر على مصالحة الأطراف و التراجع عن فك الرابطة الزوجية حسب المفهوم التقليدي لها، بل فشل القاضي في إجراء الصلح لا يمنعه من أن يمارس دوره الايجابي استنادًا إلى ما منحه القانون من صلاحيات في مجال الخصومة وتكييفها التكيف القانوني الصحيح للوقائع التي سمعها و ناقشها الأطراف في العرائض والمذكرات، فيقضي بالتطليق و لا يقضي بالخلع كما طلبته المدعية في طلبها القضائي و لا يعد خطأ في تطبيق القانون أو اختيار القاعد القانونية أو

خروج القاضي عن حياده.

ثلاثة وعشرون: أمام التزام المشرع الصمت حول مدى جواز غرفة شؤون الأسرة على مستوى المجلس إجراء الصلح باعتبار أنها سوف تدرس القضية من جديد من حيث الوقائع و القانون، فإن الرأي منقسم بين الفقهاء و القضاء إلى إتجهين مؤيد واتجاه منكر، و يبدو أن الاتجاه الثالث هو الأقرب إلى الصواب بعدم وجود أي نص سواء في قانون الأسرة ولا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كونهما تشملان نصوص عامة، فلا نجد ما يلزم أو يمنع بإعادة محاولات الصلح أمام جهة الاستئناف كما أنه لا فائدة من اجترار هذه المحاولة ما لم يكن قد استجد أمر تجد معه ضرورة تكرار المحاولة تبعا للسلطة التقديرية لجهة الاستئناف.

أربعة وعشرون: يجب التفريق بين إجراءات دعوة الأطراف للصلح، و بين وقوع الصلح من عدمه، فالقاضي ملزما بالقانون وواجب عليه قانونا القيام بالإجراءات التمهيدية للصلح فلا تدخل القضية إلى المداولة بدون دعوة الأطراف أو تحديد جلسة الصلح، فمحاولة الصلح هي من قبيل الأعمال التمهيدية للتنفيذ و ليس الأعمال التنفيذية في حد ذاتها.

خمسة وعشرون :لا يسوغ للقاضي إجراء محاولات الصلح بعد تمكين الزوجين من تبادل المذكرات، فهذا مناف لمنطق الإجراءات السليمة، وذلك قد يأزم الأمور ويعمق الخلاف والشقاق بذكر أخطاء ومساوئ كل زوج

ستة وعشرون: جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بإجراءات متميزة بموجب نص المادة (**440**) حيث استحدث المشرع إجراء سماع كل طرف على إنفراد، لكن هذا يزيد نفورًا بين الزوجين بدلا من السعي للإصلاح بينهما.

سبعة وعشرون: لم يحدد المشرع عدد الجلسات وإنما اكتفى بتقييدها بثلاثة أشهر، وأخضع تحديدها إلى السلطة التقديرية للقاضي، التي يستشفها من خلال مناقشته مع الطرفين ومدى إرادتهما و رغبتهما وإصرارهما على فك الرابطة الزوجية من عدمها.

ثمانية وعشرون: كان يفسر موقف المحكمة العليا فيما يخص تغيب أحد الزوجين أو كلاهما عن جلسة الصلح على أساس أنه رفض ضمني للصلح، غير أن هذا الأخير لم يلبث طويلاً، أين قررت أنه على رافع دعوى فك الرابطة الزوجية أن يحضر شخصياً جميع محاولات الصلح أو على الأقل جلسة أو جلستين، لكي يؤكد ويبدي دفوعه ومطالبه ويصرح فيما إذا كان يريد الصلح أو يرفضه، و في حالة

غيابه ترفض دعواه.

تسعة وعشرون: أكد المشرع وحرص على حضور الزوجين شخصياً أمام القاضي في جلسة الصلح الذي يقتضي ضمان مبدأ المواجهة، المكرس بنص المادة الثالثة الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يعفى هذا المبدأ إلا في حالات يستحيل فيها حضور الطرف الآخر كالغيبة و المفقود أو المسجون خارج الولاية، فهذه حالات تعتبر استثنائية فلا يتحقق مبدأ المواجهة بسبب طبيعة وظروف كل قضية.

ثلاثون: هناك من يؤيد مشروعية الوكالة في إجراء الصلح بين الزوجين قبل الطلاق، بينما يرى اتجاه آخر له تطبيق واسع على المستوى العملي أن الصلح بين الزوجين مسألة شخصية غير قابل في إجرائه الوكالة ويبدو أن الصواب هو هذا الأخير، لسبب بسيط و هو أن المشرع أشار إلى ذلك في المادة **2/49** من قانون الأسرة، وأيضاً في نص المادة (**431**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. أما ما استحدثه من إجراء بموجب نص المادة (**440**) من القانون السالف الذكر وهو إمكانية حضور أحد أفراد العائلة للمشاركة في محاولات الصلح، فهو ليس بمفهوم الوكالة وإنما في سبيل تفعيل محاولة الصلح.

واحد وثلاثون: من بين الأمور المستحدثة والتي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه أعطى للقاضي بصفة عامة و قاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة، صلاحيات واسعة في إطار ما يسمى بالدور الإيجابي للقاضي، بأن يتخذ كل تدبير يراه ضروريا لازماً من أجل كشف و بحث إرادة الزوج طالب فك الرابطة الزوجية، و أجاز له أن يأمر في إطار التحقيق بتعين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، و يكون اللجوء إليها عادة عندما ينطوي النزاع على مسائل خارجة عن اختصاص القاضي.

اثنين وثلاثون: استحدث المشرع أيضا إجراء الإنابة القضائية بموجب المادة (**441**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يجوز للقاضي أن ينتدب قاض آخر في إطار الإنابة القضائية لسماع أحد الزوجين الذي تعذر عليه الحضور لمانع ما.

ثلاثة وثلاثون :من بين التعديلات التي جاء بها الأمر رقم **02/05** هو إضافته للمادة (**57 مكرر**)، فبهذا يكون المشرع قد سمح للقاضي وأعطى لصاحب المصلحة الحق في المطالبة بما يتعلق باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية و الوقائية أثناء سير الخصومة، مثل منح نفقة مؤقتة، حضانة مؤقتة، ذلك إلى غاية الفصل في الدعوى المعروضة أمامه بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

أربعة وثلاثون:لا يمكن تطبيق و إعمال المادة (**216**)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بشطب الدعاوى، على دعاوى إثبات الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، كون أن الطلاق الرجعي مرتبط بمدة زمنية وهي عدة الطلاق الرجعي والتي تعد من النظام العام، فإذا قضى القاضي بشطب الدعوى يكون قد فوت فرصة على الزوجين في إصلاح ذات البين، وساهم في تحول عدة الطلاق الرجعي إلى طلاق البائن، وحتماً يؤدي إلى تفويت إجراءات إثبات الطلاق بحكم، وكما انه عند رفع دعوى جديدة سوف لن يتفطن القاضي لذلك ويجري الصلح كأن الأمر عادي.

خمسة وثلاثون: لا يمكن تطبيق و إعمال نص المادة (**220**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالتنازل عن الخصومة، بشكل مفرط دون ضابط أو معيار، على القضايا المتعلقة بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، إذ لا يمكن إصدار حكم يقضي بالإشهاد للزوج المدعي بترك الخصومة دون الالتفات إلى هذا الطلاق الذي أوقعه ودون احتسابه أو النظر إلى طبيعته.

ستة وثلاثون:إذا حدث أن أوقع الزوج الطلاق بإرادته المنفردة و رفع دعوى قضائية لأجل إثبات الطلاق، ثم يتوفى الزوج خلال الشروع في جلسات الصلح وقبل صدور الحكم، فعلى القاضي أن لا يصدر حكما بانقضاء الخصومة وأن يلتفت إلى هذا الطلاق الذي أوقعه الزوج والى العدة التي تنجر عنه، و يصدر حكم بإثبات الطلاق لأن عقد الزواج حل بالطلاق قبل الوفاة.

ستة وثلاثون: قد تحصل الوفاة بعد رفع دعوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في حدود المادتين (**53**)أو المادة (**54**) من قانون الأسرة أو بناء على إرادة الزوجين المشتركة، وتكون القضية في مرحلة إجراء محاولات الصلح، هنا لا يوجد إشكال بما أن حكم التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي حكم منشئ ولا وجود لهذه المراكز إلا من يوم صدور حكم القاضي، كما أن الفرقة و كل الآثار المترتبة عنها لا تترتب إلا ابتداء من ذلك، فلا يطرح في هذه الحالة مسألة العدة كما و استحق الحي منهما الإرث كون أن الزوجية لا تزال قائمة.

سبعة وثلاثون: الجديد الذي جاء به المشرع بموجب المادة (**49**) المعدلة وكذا المواد (**439**) و ما يليها ولاسيما نص المادة(**443**)من قانون الإجراءات المدنية والادارية؛ هو أن القاضي يتعين عليه تحرير محضر كسند تنفيذي يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، مع التوقيع عليه وكاتب الضبط والطرفين، إلا أن هذا الأخير لم يحظ بضمانات تنفيذية .

ثمانية وثلاثون: نقض المحكمة العليا لأحكام قضت بفك الرابطة الزوجية على أساس أن الصلح إجراء

جوهري يرتب نتائج عديدة من بينهما، إحياء العلاقة الزوجية وإلزام الرجل بالإنفاق على امرأة أجنبية عليه وتوارث بين المطلقين، وتعدد الأزواج بالنسبة للمرأة، ومتابعة الزوجة بجريمة الزنا ...الخ، كما وتكون هذه المتابعات القضائية الجزائية التي تعتمد نص المادة (**339**)من قانون العقوبات لا أساس لها لانعدام الجريمة أصلا؛ ذلك لأن نص المادة لا علاقة له بانحلال الرابطة الزوجية وإنما يطبق فقط أثناء قيام الحياة الزوجية.

تسعة وثلاثون: إن قابلية أحكام الطلاق و التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي للطعن بالنقض من جهة، ومن جهة أخرى لا يتوقف تنفيذها، تثير عدة إشكالات؛ فبإمكان الزوجين الحصول على نسخة تنفيذية و ينفذ ما أمكن تنفيذه و يصبحان أجنبيان عن بعضهما البعض، فلا جدوى لطعن بالنقض إذا سبق و أن تمت فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها، فقضايا شؤون الأسرة تختلف عن المعاملات المدنية.

تسعة وثلاثون: نظًرا لخصوصية أحكام فك الرابطة الزوجية في المادة الأسرية، عمل المشرع على إيراد استثناء على مستوى إيقاف التنفيذ، بأن سمح بالخروج عن القاعدة العامة في المادة **2/361** إلى الاستثناء الذي تقرره نص المادة (**452**)و كذلك نص المادة (**435**)، أين سمح في حالات الطلاق أو التطليق أو الخلع أو حتى الطلاق بالتراضي حصول التنفيذ رغم وجود الطعن بالنقض.

أربعون: بعد إعادة السير بعد النقض و الإحالة أمام نفس قاضي شؤون الأسرة أو قاض أخر

يجد هذا الأخير نفسه أمام أمرين؛ هل يجري صلح بين مطلقين. فيصبح الزوجين حسبهم يعيشان في أمور محرمة، أو أنه ملزم بالفصل والامتثال إلى قرار المحكمة العليا، وإلا يعرض حكمه للنقض للمرة الثانية، كون عدم الامتثال لها من قبل الجهة المحال لها يعد خرقاً للقانون.

نظرًا لنقائص التي لمسناها من خلال بحثنا تفرض علينا ذكر بعض **الاقتراحات** التي نجملها في النقاط التالية:

1: وجب على المشرع أن يتدخل ويغير مصطلح "**الصلح**" الوارد في المادة **(50)** من قانون الأسرة واستبداله بمصطلح "**العدة**"، و ذالك بتغيير صياغة النص القانوني أو إدراج مادة جديدة تتكلم عن الصلح مع مراعاة العدة، حيث يجب أن تكون الصياغة الجديدة على النحو التالي**:" يجوز للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة بدون عقد جديد مع مراعاة أحكام المادة 58 من قانون الأسرة"**.

2: جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأحكام إجرائية تضبط الصلح في جميع الدعاوى، و بذلك أصبح لازماً أن يتدخل المشرع و يعدل نصوص المواد **(49)** و**(50)** التي تقتصر فقط على الطلاق بإرادة الزوج أو يضيف مواد تخص الصلح في التطليق و الخلع،أو على الأقل يعتمد نظام الإحالة إلى تطبيق إجراءات الصلح، حتى يكون القانون الموضوعي منسجم مع القانون الشكلي الاجرائي.

3: يجب إعادة النظر فيما يخص إلزامية محاولات الصلح وعلاقتها بالنظام العام، من قبل المشرع الجزائري عندما تتيح له فرصة التعديل، وإلى حين ذلك الوقت على الأقل يتدخل اجتهاد المحكمة العليا وخاصة أن المحكمة العليا هي صاحبة الاجتهاد و المكلفة بتوحيده لرفع الإشكال.

4: يجب على القاضي أثناء جلسة الصلح تطويع الناس لأحكام الله سبحانه خير من تطويع الشرع على حسب أهواء الناس و ملاذاتهم.

5: يجب على المشرع أن يضيف نص في قانون الأسرة و يوضح موقفه من الأزواج الذين يقع طلاقهم والذين لا يقع طلاقهم، أي ينص على أصناف الرجال الذين يقع طلاقهم والذين لا يقع طلاقهم

6:إحداث قاضي صلح تسند إليه مهمة الإصلاح بين الزوجين، دون غيرها من المهام والاختصاصات الموكلة لقضاة الموضوع، والعمل على إصدار دليل عملي خاص بالصلح في قضايا الأسرة ليكون مرجعًا موحدا لقضاة الصلح .

7: على المشرع الجزائري أن يقتدي بالمشرع المغربي الذي أحسن صنعاً باستبعاده في دعوى التطليق للغيبة اجراءات الصلح في مثل هذه الاحوال على اقضاة الاستجابة لطلب الزوجة حالاً ، كونه طلب مؤسس والمفروض النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في القضية بموجب أحكام المادة **(3 مكرر)** من قانون الاسرة ان تمارس صلاحياتها و تقدم طلبا بعدم اجراء الصلح لانعدام المصلحة.

8: على المشرع أن ينص على مادة تتضمن إجراء الصلح في دعاوى التطليق في القانون الموضوعي حتى تنسجم مع النصوص الاجرائية، و أن يستثني بعض الحالات من إجراءات محاولة الصلح

9: أضحى لازما أن يتدخل المشرع ويجسد الاجتهاد القضائي الذي استقر عليه قضاء المحكمة العليا بشأن منع الوكالة في إجراءات الصلح في شؤون الأسرة، بأن يعدل نص المادة (**439**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن تصبح صياغة المادة على النحو الآتي **:" محاولات الصلح وجوبية وتتم بحضور الزوجين شخصياً ودون تمثيلهما من قبل الغير أو هيئة الدفاع، و تتم في جلسة سرية** "، وبذلك يسد الفراغ التشريعي و يضع حدًا للممارسات القضائية المختلفة.

10: دعوة القضاة إلى تفعيل نص المادة (**442**) بضرورة إشراك أفراد عائلة الزوجين هذا الإجراء حيث بإمكانهم التأثير على أحد الزوجين أو كلاهما بهدف استمرار الحياة الزوجية.

11:حبذا لو يتدخل المشرع ويضع نصاً بموجبه يجعل دعاوى الطلاق غير قابلة للشطب و ينص فيه على أنه في حالة تخلف المدعي أو عدم قيامه بالمسعى الذي أمر به القاضي، تؤجل دعواه إلى أقرب جلسة أن القاضي يفعل إجراءات الانابة القضائية و لا يقضي بشطب الدعوى، وأضحى على النيابة العامة أن تتدخل و تعترض على شطب دعوى طلاق بالإرادة المنفردة، و ذلك تفادياً للإشكال الذي يطرح بعد القضاء بالشطب فيما إن كانت الزوجية قائمة أم لا، إذا حدث وأن توفي الزوج هل تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أم لا وهل يتوارثان أم لا ؟.

12: لو يتدخل المشرعو يضع نصاً بموجبه يجعل دعاوى الطلاق غير قابلة لتطبيق إجراءات التنازل عن الخصومة فيما عدا جوانبها المادية .

13: حبذا لو يضع المشرع نص يلزم فيه القضاة بإثبات الطلاق، رغم حدوث الوفاة بعد ايقاعه للطلاق حتى ولو قبل اصدار القاضي لحكمه .

14: على وزارة العدل وكذا الجهات القضائية إخضاع المكلفين بالمهام الصلحية لدورات تكوينية، في كل ما يتعلق بمحاولات الصلح، قانوناً وفقهاً ودعمها بعلوم النفس كعلم الاجتماع وعلم النفس السلوكي وعلم التواصل، و تفعيل المقاربة الوقائية في التعامل مع قضايا الأسرة بدل التركيز على المقاربة القانونية المحضة والتي أبانت عن قصورها في تغليب كَفَّةِ نسبة نجاح الَعلية الصلحية على كَفَّةِ نسبة فشلها.

13:العمل على نزع اختصاص إجراء المحاولة الصلحية من يد قاضي الموضوع، نظرًا للإكراهات الواقعية التي تواجه قضاة الأسرة أثناء تطبيق اجراءات الصلح

14: ضرورة إدراج تكوين خاص لقضاة شؤون الأسرة شبيه بتكوين قضاة الأحداث، الإضافة إلى ضرورة تدعيم قضاة شؤون الأسرة بمختصين في مجال شؤون الأسرة ومشاكلها، حتى يقدموا المساعدة على فهم مشاكل الأسرة وحلها.

15: دعوة قضاة النيابة العامة أن يقرروا حفظ الملف، إذا حصل تحريك الدعوى العمومية بموجب شكوى من الزوج الذي يزعم الضرر، متى حصل الزوج على قرار من المحكمة العليا قضى بنقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، وتكون المرآة قد تزوجت بعد أن بانب من زوجها وانقضت عدتها .

16: وفي حال تحريك الدعوى العمومية ومتابعة السيدة الاجنبية بجريمة الزنا على القاضي أن يصرح ببراءة السيدة لانعدام القصد الجنائي للخروج من هذا المأزق، لأن الزوجية غير قائمة فالمشرع لم يتكلم عن حكم فك الرابطة الزوجية، وإنما تكلم عن حالة قيام الزوجية.

17: يجب أن لا يعامل حكم الطلاق كمعاملة العقود المدنية أو التصرفات الاخرى بإعادة الأطراف إلى الحالة التي كان عليها، ففي حالة الأشخاص و الطلاق و التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي يستحيل ارجاعها إلى الحالة التي كان عليها بحجة عدم احترام قاعدة إجرائية في القانون.

18: إشعار القضاة بانعدام العاجز من أن يلتزموا بحرفية النصوص القانونية حيث لا يترك المجال لأي طرف في إثارة ذلك كوجه من أوجه الطعن لدى المحكمة العليا، لكي يترك لها مجال ما هو جدي في مراقبة التطبيق السليم للقانون، هناك مواد قانونية وردت ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي يجب على القضاة احترامها والالتزام بها، حتى و لو لم تضع جزاء البطلان.

19: ضرورة إجراء محاولات صلح بين الزوجين لأن مثل هذه الإجراءات عندما لا تراعى ستستغل من الأطراف خلال الطعن،و الدفع بخرق الأشكال الجوهرية أو مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

20: إشعار القضاة إلى ضرورة عدم اهمال الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية، كونه حكم ابتدائي ونهائي، فهو ذو طابع نهائي، و بالتالي لا يستطيع القاضي مراجعة الحكم الذي قضى بالخلع أو بفك الرابطة الزوجية بأي طريقة كانت، فحكم المحكمة بفك الرابطة الزوجية بالخلع أو غيره من أنواع فك الرابطة يتميز أنه ذو طابع خصوصي ونهائي، غير قابل للمراجعة، و الطلاق المنطوق به بائن –ما لم يكن رجعي، مما يجعل الزوجة أجنبية عن الزوج، و على ذلك لا يمكن لقضاة المحكمة العليا أن يهدموا الطلاق الذي نطق به وإلا وقعوا في الإثم، فلو رجعت الزوجة إلى زوجها بعد أن يلغي القاضي الحكم بفك الرابطة الزوجية فإن الرجل و المرأة يصبحان في حكم الزانيان و يقعان في الإثم.

21: وإن كان الطعن بالنقض المرفوع، لا فائدة له و لا يغير في الأمر شيئا مدام الطلاق نهائي ولأن طبيعتها تأبى ذلك ، فكان من الأجدر أن لا يكون الطعن بالنقض إلا في الشق المتعلق بالأمور المادية .

22: إشعار القضاة بأن بعض الطعون التي ترفع أمام المحكمة العليا والرامية إلى نقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، المبنية على عدم مراعاة إجراء الصلح أو عدم دعوة القاضي الأطراف لإجرائه، بضرورة عدم قبولها على أساس انعدام شروط البطلان الإجرائي المقرر للأعمال الاجرائية لغياب قاعدتي لا بطلان إلا بنص و لا بطلان إلا بضرر، وعدم انطباقها على الصلح مما يؤدي إلى تقليص الطعون المرفوعة أمام المحكمة العليا .

23: إن ما ينبغي تكريسه نهجاً و ممارستاً هو عندما يرفع طعن بالنقض ضد حكم صادر بفك الرابطة الزوجية، يجب أن ينتهي هذا الطعن إلى عدم القبول، كونه غير جائز و لأنه يمس بالنظام العام وبالعدة و بأحكام قطيعة واردة في القرآن الكريم.

24:كان على المشرع أن ينص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمناسبة تعديله لقانون الأسرة كتكملة لنص المادة(**57**) بأن ينص صراحة- بإعادة الصياغة -على النحو الأتي :" **بأن أحكام الطلاق و التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن، إلا ما تعلق بجوانبها المادية وكذا الحضانة** "، و بهذا يحل الإشكال بأن يغلق مجال الطعن وهذا هو المنطق على أساس أن هذا النوع من الأحكام لا تقبل الطعن بالنقض في هذه الجزيئية، و حتى المعارضة على أساس أن الطلاق نهائي و لا يقبل لا الاستئناف و لا المعارضة و لا التماس ولا اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

24: دعوة القضاة والمحامين الى التمييز بين القواعد الاجرائية التي قررها المشرع تحت طائلة البطلان فلا يعترف بالبطلان ما لم يكن منصوص عليه في القانون صراحة مع إثبات الضرر، وعدم الاكتفاء بالنص الضمني بأن يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية كعبارة " **لا يجوز**" أو "**يجب**" . فلا يجوز الحكم بالبطلان استناًدا إلى عدم النص عليه صراحة، ولا مجال للاجتهاد لصراحة النص.

25: الجدير بالتذكير أن وظيفة المحكمة العليا تتمثل في مراقبة مدى احترام تطبيق القانون، فيجب عليها أن لا تمييز بين القواعد القانونية حيث نجده تهتم على احترام القواعد الإجرائية بدعوى ضرورة مراعاة إجراء الصلح في حين أهملت الجانب الموضوعي، لما تنقض أحكام قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية و لم تحاول بذل جهد لتحديد خطورة الآثار الناجمة والمترتبة بعد نقضها للحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية و المتميز بخاصيتي النهائية والحقيقة القطعية.

26: تفعيل الـ نصوص المنظمة لعمل الحَكَمين بشكل يضمن مساعدة القضاء على أداء مهامه الصلحية على أحسن وجه، مع التقيد بالقواعد الشرعية المنظمة للتحكيم الأسري .

27: ضرورة الاستعانة بمؤسسات خارج الجهاز القضائي وانتدابها من أجل إجراء المحاولة الصلحية، وخاصة تلك التي أثبتت فعاليتها ونجاعتها، كما هو الشأن بالنسبة لمجالس الصلح العرفي والإرشاد الأسري في بلاد القبائل، ووادي ميزاب وتدخل العائلة، ومؤسسات المساعدة الاجتماعية، ومجالس الصلح العرفية الموجودة بالمساجد، لما لها من دور فعال في المحافظة على الأسرة وحقوق أفرادها والعمل على دعمها حتى تساهم في تعزيز تماسك الأسر وحمايتها من التفكك.

28: ضرورة النص على الطلاق السني و الطلاق البدعي كوسيلة لاستشعار الوازع الديني، فيمتنع الزوج عن إيقاع طلاق البدعة، ويرجئه الزوج إلى حين طهر الزوجة حتى ينسجم ذلك مع عدتها .

29: يجب إحداث قانون اجرائي أسري مستقل يتناول بالتفصيل جميع الإجراءات المتعلقة بتطبيق المقتضيات الأسرية، سواء على مستوى الاختصاص أو الإجراءات أو الأحكام، وذلك لتدعيم التدخل القضائي في المجال الأسري الذي يتميز بطابع خاص، ومن ثم فهو بحاجة لقانون اجراءات يعمل بآليات متخصصة في المجال الأسري.

30: ندعو هيئة الدفاع التي لها كل التقدير أن تساعد القاضي المكلف بإجراء محاولات الصلح لأنه هو الأصل في إجراء محاولة الصلح، و يلاحظ في فرنسا انه عندما يقيد طلب الطلاق بمختلف صوره فإنه لا يذكر أي شيء في العريضة حتى يتيح للقاضي اجراء الصلح، و لا يحمل أي طرف تجريح أو تظليم للطرف الآخر، و لذلك يرى الاستاذ **لمطاعي** ان يمنع القاضي او المشرع تبادل المذكرات الى غاية فشل إجراءات الصلح.

31: تعيين قاض صلح منفرد عن قاضي الموضوع حتى يتفرغ للصلح و تقنياته ومنحه كافة الوسائل المادية و المعنوية والتدابير الضرورية لأجل التصدي لأغلب المشاكل الأسرة الجزائرية، الأمر الذي يتطلب تخصيص قضاة لهم خبرة واسعة و تكوين معمق في قضايا الأسرة و خاصة في طريقة فض النزاعات الأسرية .

32: إشراك المجتمع المدني بصفة عامة و الجمعيات و كذا و سائل الإعلام من اجل الاهتمام بالطفل و الأسرة بصفة خاصة، الأمر الذي يحقق الاستقرار المجتمع، فإن كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصفة خاصة تبنى إجراءات تتبع في قسم شؤون الاسرة فان مرور 6 سنوات من وضعها حيز التنفيذ أظهرت الممارسة بعض القصور في الميدان العملي، و كذا عدم تفعيل النصوص و تركها جامدة مما يتحتم العمل على الاصلاح هذا الخلل

33: يجب أن ينتبه قاضي شؤون الأسرة المعروضة عليه الدعوى إلى الطلب القضائي، لطالب فك الرابطة الزوجية بناًء على الإرادةالمنفردة طبقاً ا لنص المادة(**48)** من قانون الأسرة، بين ما إذا تعلق الطلب بإيقاع الطلاق، وبين إثبات واقعة الطلاق، لأنه قد تحصل الوفاة بعد ما ترفع دعوى فك الرابطة ويتزامن والقضية في مرحلة اجراء محاولات الصلح لأن الاثار الناتجة تختلف.

34: على قاضي شؤون الأسرة أن لا يعمل على توسيع نطاق دائرة رفض دعاوى التطليق لانعدام الاثبات أو لعدم التأسيس في حل فشل محاولات الصلح، فهنا القانون منح للقاضي اتخاذ إجراء أخر وهو تعيين حكمين من أهل الزوجين لمحاولة الصلح بينهما من جديد وفقا لأحكام قانون الأسرة، حتى لا يبقي الأمر يلفه الغموض والإبهام ويلوح في الأفق انه بالإمكان التوصل إلى حل النزاع بشكل ودي و لاسيما ان الضرر لم يثبت، فيعود للمحكمة صلاحية انتداب حكمين لتقصي الحقائق وتجديد محاولة الصلح لإنهاء الشقاق انسجاما مع المنهج الإسلامي المتكامل بخصوص تسوية النزاعات الزوجية.

35: على المحكمة العليا أن تصرح برفض الطعن كلما توفرت أسباب انعدام شروط البطلان الإجرائي المقرر للأعمال الإجرائية و غياب قاعدتي لا بطلان إلا بنص و لا بطلان إلا بضرر.

36: يجب على القاضي أن يتحرى طلب الخلع فيما إن كانت حقيقة مظاهر الكراهة بادية وهو الخلع المساير حقيقة للشرع الإسلامي، وبين الطلب الذي لا يمت بأي صلة للشرع كون مظاهر الكراهة غير بادية.

37: لتفادي إشكالات التنفيذ يستحسن أن يشير محضر الصلح إلى جميع ما دار في جلسة الصلح من الالتزامات بالتدقيق وكذا جميع المسائل المتعلقة بآثار الأسرة.

تعتبر هذه بعض النتائج و المقترحات التي توصلت إليها من خلال بحثي هذا،راجياً أن أكون قد وفقت في ذلك ، لتحقيق ما فيه خير للأمة والمصلحة العامة .

فإني لا أ دعي استيفاء الموضوع حقه بالشكل المطلوب، بل إنني أقّر و أعترف بالعجز والقصور في مقاربته من مختلف جوانبه، وإن كان لا يفي بالمراد فلعله يكفي من القلادة ما أحاط بالعنق وسبحان من اتصف بالكمال،

وفي الختام أود أن أتقدم بخالص شكري، وفائق تقديري لفضيلة الأستاذ الدكتور **لمطاعي نور الدين** على تفضله بقبول الإشراف على هذا العمل، وتتبعه بكل عناية واهتمام بالتوجيه والتصويب طيلة مدة إنجازه فله مني كل المودة والتقدير.

كما أتوجه بجزيل الشكر و عظيم الامتنان لأعضاء اللجنة الموقرة بما فيهم **الرئيس و المناقشين** على تتبعهم لهذا البحث بالتقويم والتسديد، و على تحملهم عناء قراءة هذا العمل، وجهدهم في تصحيحه وتسديده وعلى وقتهم الثمين في سبيل دراسة ومناقشة هذا العمل المتواضع، وتحية مودة ومحبة واحترام لكل أساتذتي بكلية الحقوق جامعة الجزائر - 1 -، و أسأل الله تبارك وتعالى أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم وأن يبارك في عِلمهم وأعمارهم والحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

أولاً -المصادر و المراجع باللغة العربية :

I/ -المصادر:

- القرآن الكريم .

1-الكتب:

أ/**كتب السنة** :

1- الإمام ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ، شرح صحيح البخاري، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، لبنان 1402 .

2- الإمام ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري ،الجزء الرابع، المطبعة المصرية، لبنان، سنة 1243 ص 405 .

3- الموسوعة الشاملة، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، الجزء 16، من موقع الإسلام. www.al-**islam**.com

4- محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير، تحقيق و شرح أحمد محمد شاكر، دار الكتاب العلمية لبنان، دون سنة نشر.

ب/***الكتب الفقهية:***

***/ المذهب المالكي:**

1- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وادلته، الجزء الثالث مؤسسة الريان ،لبنان، . 2002.

2-عبد الله بن احمد بن محمد المغني والشرح الكبير، كتاب الصلح، الجزء الخامس دار الكتاب العربي دون بلد النشر 1983 .

***/ المذهب الحنفي:**

1- ابن عابدين حاشية، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء الخامس، دار الفكر دون بلد النشر 1979.

2- الامام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين، بدائع الصنائع، الجزء الخامس المطبعة الجمالية دون بلد النشر، 1328هـ.

3- الامام الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، لبنان، دون سنة نشر.

4- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثالث، دار المعرفة، لبنان.

***/ المذهب الشافعي**:

- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الثاني، دار الفكر، 1996، دون بلد النشر .

***/ المذهب الحنبلي**:

- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن محمد، المغني والشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، دون بلد النشر،1983.

ج/كتب اللغة:

1- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقايس اللغة، الجزء الثالث، الطبعة الثانية شركة ومطبعة البابي الحلبي و أولاده، مصر -1956م .

2- أحمد زكي بدوي إبراهيم، القاموس القانوني فرنسي- عربي، مكتبة لبنان، بدون سنة.

الإمام بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين أبو بكر ، بدائع الصنائع، الجزء الخامس المطبعة الجمالية دون بلد النشر، 1328ه.

3-عبد الله بن احمد بن محمد المغني والشرح الكبير، كتاب الصلح، الجزء الخامس دار الكتاب العربي دون بلد النشر 1983 .

4- القرام ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية و الفرنسية قصر الكتاب، الجزائر دون سنة النشر.

5- مرتضى الحسيني الزبيدي محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء السادس، دار التراث العربي ودار الجيل ، العراق، دون سنة نشر.

II/: المراجع المعاصرة:

1- الكتب العامة :

1- الإمام مالك بن أنس ،المدونة الكبرى الجزء الرابع، دون دار نشر، سنة 1422 هجري.

2- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي الجزائر،2009.

3- بن الشيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومه الجزائر،2005.

4- بن الشيخ آث ملويا لحسين ،رسالة في طلاق الخلع – دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة - سلسلة دراسات قانونية دار هومه ، الجزائر، 2013.

5- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012.

6- تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة و العلوم الطبية و البيولوجية، دون طبعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

7- تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة الجزائر،2011.

8- حمدي باشا عمر، القضاء الاجتماعي منازعات العمل و التأمينات الاجتماعية، دار هومه، الجزائر 2014.

9- داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دون طبعة، دار الهلال للخدمات الإعلامية دون سنة .

10- دليل عملي لمدونة الأسرة، سلسلة الشروح و الدلائل، الطبعة الثالثة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، عدد01، المملكة المغربية،2004 .

11- ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة الثالثة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،.2012

12- تفية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، 1999-2000.

13- زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر الجزائر، 2003.

14- زودة عمر الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، انسيكلوبيديا للنشر بن عكنون، الجزائر، .2014

15-سابق السيد، فقه السنة، المعاملات، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي لبنان،1977.

16- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، 1989.

17- شيماء محمد سعيد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، الأردن،2003.

18- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعم باجتهاد المحكمة العليا و المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2009 .

19- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة الجزائر 2013.

20-الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، 2000.

21- الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2005.

22- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1989.

23- الكشبور محمد، شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب،2006.

24- لوعيل محمد، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر،2006.

25- نجيمي جمال، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر،.2013

26- نصر الجندي أحمد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009.

2-الكتب المتخصصة :

1- الأنصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي ، دار الجامعة الجديدة، بلا طبعة ، سنة 2001 .

2- العيش فضيل، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي، الجزائر دون سنة النشر

3- قوادري الأخضر، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات الصلح القضائي –و الوساطة القضائية - دار هومه، الجزائر، .2013

4- محمود محجوب عبد النور ،الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي،دار الجيل بيروت ،الطبعة 1، سنة 1987 .

2/ <u>**الرسائل الجامعية**</u> :

<u>***-أطروحات الدكتوراه:**</u>

1- بن عودة حسكر مراد، الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2012-.2013

2- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية -، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013-.2014

3- شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة و القانون(درا سة مقارنة)، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الشريعة كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الاسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنيطينة السنة الجامعية 2000 -.2001

4- قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الاسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية2008-2009.

5- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2006.

*- **مذكرات الماجستير**:

1- ابراهيم المسيعديين خالد، أحكام الصلح بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه وأصوله، جامعة مؤتة، الأردن،2006.

2- بشير سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون – الجزائر، السنة الجامعية 2006/2005.

3- بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس،2014/05/21.

4- بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة -دراسة مقارنة -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية2011-2012.

5- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014.

6- بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2010-2011.

7- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية 2013-2014.

8- بولحارس صافية، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،السنة الجامعية 2013-2014.

9- خوخي خالد، التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر -1-، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.

10- زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006.

11- عشاش عبد الله، تسوية نزاعات العمل الفردية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2010.

12- عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014.

13- عيساني محمد، آليات تسوية نزاعات العمل الفردية في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 1998-1999.

14- غضبان مبروكة، النفقة بين التشريع و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الدراسية2010 – 2011.

15- قدور محمد سليمان، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الجامعية2011-2012.

16- كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2011-2012 .

17- الأنوار عبد الرحيم، نظام الطلاق في الجزائر، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا، معهد الحقوق جامعة الجزائر، الجزائر السنة الجامعية 1975-1976.

18- الشافعي أحمد، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عنكون، الجزائر، السنة الجامعية 2002-.2001

19-العربي وردية، النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010.

20-تبودشت نعيمة، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية2000.

21-حمدادو لمياء، سلطة القاضي في تسير إجراءات الخصومة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- ، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

22-دهيم رابح، أحكام الصلح بين المبايعين في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، الجزائر، السنة الجامعية2010-2011.

23- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية2000-2001.

24-سعدي سليم، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، السنة الجامعية 2011.

25- محمد شحادة العرموطي سوزان، العيب الجوهري و أثره في بطلان الإجراءات القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، السنة الجامعية 2009.

26- هجيرة بن عزي، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة و العمل القضائي، رسالة دبلوم الدرسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، المغرب، السنة الجامعية 2008-2009

*** - <u>مذكرات إجازة القضاة:</u>**

1- بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثامنة عشر، الجزائر، السنة الدراسية 2007-2010..

2- وزاني توفيق، السند التنفيذي في المواد المدنية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة 17، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2006-2009.

3- دلهوم نجوى، محاولة الصلح في دعاوى الطلاق إجراءاتها ومدى إرتباطها بالقواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الاسلامية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 19، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2008 -.2011

4 -لشهب نسيمة، الصلح في المنازعات المدنية والإدارية مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الحادية عشر، المعهد الوطنى للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2000 – 2003

III/- <u>المقالات و الدراسات:</u>

1- أحمد خرطة، الصلح في الطلاق و التطليق بين جوهرية الإجراء و نبل الغايات، **<u>مجلة الفقه والقانون</u>**، المغرب،العدد 03، 2013.

2- الفاخوري إدريس، مستجدات مدونة شؤون الأسرة في مجال مسطرة الشقاق بين الزوجين، **<u>مجلة المنير</u>**، جامعة مولاي سماعيل، المغرب عدد 5، 2004.

3- الفاخوري إدريس، الصلح في العمل القضائي – الطلاق نموذجا –، **<u>المجلة المغربية للاقتصاد والقانون</u>**، عدد 5 ،2005.

4- أوزيان محمد، الأثر السلبي للأحكام الصادرة في مادة التطليق على الاجتهاد القضائي، قراءة في الفقرة الأولى من المادة **(128)** من مدونة الأسرة.http://www.marocdroit.com /

5- بن ابراهيم الأصقه سليمان، دور القاضي في إثبات الطلاق، **<u>مجلة العدل</u>**، عدد1426،27 هـ.

6- بن الشويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، **<u>مجلة العلوم القانونية و الإدارية والسياسية</u>**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد12، .2011

7- تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق- قانون الأسرة و التطورات العلمية-، **<u>مخبر القانون</u>**، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد، .2012

8- دريسي جليلة، سناء الماحي، مسطرة الصلح في قضاء الأسرة ، **<u>مجلة الملف</u>**، عدد 14، المغرب .2009

9- روحمات عبد الله، الوكالة في صلح الزوجين بين القانون و الواقع العملي، **<u>مجلة الإشعاع</u>**، عدد 27 المغرب، 2003.

10- مبروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، **<u>موسوعة الفكر القانوني</u>**، مركز الدراسات والبحوث القانونية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، عدد 4، 2004

11- ناجي مكاوي رجاء، الطلاق و التطليق القضائي، أي مفاضلة بين نظامين لهدم الأسرة، **<u>مجلة العلم</u>** عدد 18، المغرب،2000.

12- هرنان عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر، منشورات المجلس الأعلى الإسلامي 2012.

13- المصري مبروك، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دراسة وتحليل -، دار العلوم للغة العربية و آدابها والدراسات الإسلامية، عدد 33، مصر، 2009.

14- الهيشري هاجر، حق المرأة في الطلاق، **مجلة دفاتر السياسة و القانون**، جامعة ورقلة، عدد10 2014.

15- بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، **نشرة القضاة**، الجزء الأول، عدد 64، وزارة العدل. 2008_2009.

16-جمعي ليلى، سلبيات وإيجابيات قانون الأسرة الجزائري ودور قضاة الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات وتأكيد تلك الإيجابيات، **مجلة الحضارة الإسلامية**، جامعة وهران، عدد09، 2004 .

17-حبار حليمة، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، **مجلة المحكمة العليا**، الجزء الثاني، عدد خاص، 2009 .

18-حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، **مجلة الفقه و القانون**، المغرب، عدد 19، 2014 .

19-حميدو تشوار زكية ، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، **مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية** ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان عدد10، 2010.

20-علي بن مولود ياركي محمد، الإجراءات في إنهاء حالات الطلاق الثلاث – دراسة ميدانية في محكمة الأحوال الشخصية بالرياض، **مجلة العدل**، عدد 55، الرياض، 1433 هجري .

21-علي عبد الله الصفو نوفل، جريمة الزنا في القوانين الوضعية –دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، **الرافدين للحقوق**، كلية الحقوق، جامعة الموصل، مجلد 2، عدد 21، .2003

23- عمرو خليل، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، **مجلة البحوث و الدراسات القانونية** كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011.

24- كراطار بن حواء مختارية، صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم، **مجلة المحكمة العليا** عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم، الجزء الثاني، 2009 .

25- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكيف القانوني للوقائع، **المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد03، 2012.

26- منصوري المبروك، الخيانة الزوجية في القانون الجزائري المغاربي، - دراسة مقارنة تحليلية -**دفاتر السياسة و القانون**، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، عدد 10، 2014.

27-نعوم مراد، من معوقات الممارسة القضائية، في التشريع الإجرائي الأسري، **المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية**، قسم العلوم الاقتصادية و القانونية، الشلف، عدد 10، 2013.

28- نصر الجندي أحمد، محكمة الأسرة و اختصاصاتها، **المجلة الكبرى**، دار الكتب القانونية، مصر 2000.

29- وتاب الرأفة، دور القضاء في تفعيل إجراءات الطلاق بالاتفاق و الطلاق الخلعي، **مجلة الملف** المغرب، عدد 11، 2007.

30-وبنباصر يوسف، مدونة الأسرة،المسار و التطلعاتملتقى علميلمناقشة مستجدات قانون الأسرة 70- مدينة الداخلة ، المغرب،بتاريخ 10مارس2004، ص 40.

IV/الملتقيات العلمية الدولية والوطنية:

1- بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، **نشرة القضاة**، الجزء الأول، عدد 64، مديرية الدارسات القانونية والوثائق، الجزائر،.2009

2- بشير محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 6 و7 ماي، منشور في السلسة الخاصة بالملتقيات والندوات، عدد 03، الجزائر، 2014.

3- بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 6 و7 ماي، منشور في السلسة الخاصة بالملتقيات والندوات، عدد 03 الجزائر،2014 .

4- حميش حسان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة،2010.

5-خياط محمد، المستجدات الواردة في قانون الأسرة، مداخلة ألقيت بمجلس قضاء سعيدة في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة ، محكمة المشرية، السنة القضائية2008-2009.

6- دياب حسن عز الدين، الصلح وسيلة لفض النزاعات، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 6 و7 ماي، حوليات جامعة الجزائر،عدد 03، الجزائر،2014.

7- طيبون حكيم، إثبات الطلاق بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04 و 05 ماي 2014 .

8-عبد المحسن البقالي الحسني محمد، دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة، محاضرة القيت في محكمة الاستئناف بطنجة، https://elkanoon.wordpress.com.

9- نقاز إسماعيل، الإجراءات التشريعية و القضائية في حل الرابطة الزوجية، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04 و 05 ماي2014 .

10- نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية للأحكام الشرعية، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04 و 05 ماي 2014.

V/ - المحاضرات:

1- تواتي الصديق، محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة، السنة الثانية، المدرسة العليا للقضاء الجزائر،2013-2014.

2- زواوي عبد الرحمان، الإشكالات التي تثيرها الطعون بالنقض المرفوعة أمام الغرفة المدنية محاضرات ألقيت بالمحكمة العليا، 2015.

3- زودة عمر، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة، السنة الثانية، المدرسة العليا للقضاء الجزائر 2013_2014.

4- لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجسيتير(فرع قانون الاسرة)، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2012_2013.

5- مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة، محاضرات ألقيت على السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010.

VI - <u>القوانين</u>

<u>1-الاتفاقيات:</u>

- اتفاقية حقوق الطفل، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 1989/11/20، تاريخ بدأ النفاذ 1990/09/02، صادقت عليها الجزائر في 1992/12/19، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92، المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413، الموافق ل 19 ديسمبر .1992

<u>2- النصوص التشريعية:</u>

1-الأمر رقم 154/66، مؤرخ في 18 صفر ،1386 موافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم،(**الملغى**).

2-الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 20 رمضان 1395، موافق ل26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

3-قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404، موافق ل 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بموجب القانون رقم 05-09، مؤرخ في 25 ربيع الأول سنة 1426 موافق ل 04 مايو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1924، موافق ل 27 فبراير سنة 2005.

4- قانون رقم 90-02، مؤرخ في 10 رجب عام 1410، موافق ل 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، معدل ومتمم بالقانون رقم 91-27 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، و بالأمر رقم 06-03، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية .

5- قانون رقم 90-04، مؤرخ في 01 رجب عام 1410، موافق ل 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 91-28، المؤرخ في 6 يوليو 1991.

VII / <u>-المجالات القضائية:</u>

1- مجلة الاحكام لوزارة العدل ، المجموعة 1 الجزء، بدون تاريخ.

2- نشرة القضاة، سنة 1972، العدد 02.

3- المجلة القضائية، سنة 1989، العدد .04
4- المجلة القضائية، سنة 1990، العدد .02
5- المجلة القضائية، سنة 1991، العدد .02
6- المجلة القضائية، سنة 1991، العدد .03
7- المجلة القضائية، سنة 1991، العدد 04.
8- المجلة القضائية، سنة 1992، العدد .01
9- المجلة القضائية، سنة 1992، العدد 03.
10- المجلة القضائية، سنة 1993، العدد 01.
11- المجلة القضائية، سنة 1994، العدد .03
12- المجلة القضائية، سنة 1997، العدد 02
13- نشرة القضاة ، سنة 1997، العدد 50.
14- نشرة القضاة ، سنة 1997، العدد 51.
15- نشرة القضاة ، سنة 1997، العدد 54.
16- المجلة القضائية، سنة 1999، العدد .02
17- نشرة القضاة ،سنة 1999، العدد 55.
18- المجلة القضائية، سنة 2000، العدد .01
19- نشرة القضاة ،سنة 2000، العدد 56.
20- المجلة القضائية، سنة 2001، العدد الخاص.
21- المجلة القضائية، سنة 2002، العدد 02.
22- المجلة القضائية سنة 2004، العدد01.
23-. مجلة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد .02
24-مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد .01
25-مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد 02.

26- مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، العدد .01
27- مجلة المحكمة العليا، سنة 2009 العدد .02
28- نشرة القضاة ، سنة 2009، العدد 67.
29- مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد01.
30- مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد02
31- المجلة القضائية، سنة 2013، العدد01
32- المجلة القضائية، سنة 2013، العدد02.
33- المجلة القضائية، سنة 2014، العدد 01.
34- قرارات حديثة للمحكمة العليا، غير منشورة.

VIII / - مواقع الانترنيت:

ثانيًا: المراجع باللغة الاجنبية :

I-Ouvrages :

1- Gérard ;(Counu) Droit civil , la famille ,imprimerie en France , édition 6 , paris.
2-Louiza Hanifi, l'absence et la disparition en droit algérien, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister en droit, faculté de droit ben aknoun, , université d'alger, 1981.